Law Reform Commission of Canada
Commission de réforme du droit du Canada

PROTECTION OF LIFE

crimes against the foetus

Working Paper 58

Canada

Reports and Working Papers of the Law Reform Commission of Canada

Reports to Parliament

1. *Evidence** (December 19, 1975)
2. *Guidelines — Dispositions and Sentences in the Criminal Process** (February 6, 1976)
3. *Our Criminal Law* (March 25, 1976)
4. *Expropriation** (April 8, 1976)
5. *Mental Disorder in the Criminal Process** (April 13, 1976)
6. *Family Law** (May 4, 1976)
7. *Sunday Observance** (May 19, 1976)
8. *The Exigibility to Attachment of Remuneration Payable by the Crown in Right of Canada** (December 19, 1977)
9. *Criminal Procedure — Part I: Miscellaneous Amendments** (February 23, 1978)
10. *Sexual Offences** (November 29, 1978)
11. *The Cheque: Some Modernization** (March 8, 1979)
12. *Theft and Fraud** (March 16, 1979)
13. *Advisory and Investigatory Commissions** (April 18, 1980)
14. *Judicial Review and the Federal Court** (April 25, 1980)
15. *Criteria for the Determination of Death** (April 8, 1981)
16. *The Jury** (July 28, 1982)
17. *Contempt of Court** (August 18, 1982)
18. *Obtaining Reasons before Applying for Judicial Scrutiny — Immigration Appeal Board** (December 16, 1982)
19. *Writs of Assistance and Telewarrants** (July 22, 1983)
20. *Euthanasia, Aiding Suicide and Cessation of Treatment* (October 11, 1983)
21. *Investigative Tests: Alcohol, Drugs and Driving Offences** (November 10, 1983)
22. *Disclosure by the Prosecution** (June 15, 1984)
23. *Questioning Suspects* (November 19, 1984)
24. *Search and Seizure* (March 22, 1985)
25. *Obtaining Forensic Evidence* (June 12, 1985)
26. *Independent Administrative Agencies** (October 23, 1985)
27. *Disposition of Seized Property* (April 24, 1986)
28. *Some Aspects of Medical Treatment and Criminal Law** (June 12, 1986)
29. *Arrest* (November 6, 1986)
30. *Recodifying Criminal Law*, Vol. I (December 3, 1986)
31. *Recodifying Criminal Law — A Revised and Enlarged Edition of Reort 30* (19 May, 1988)
32. *Our Criminal Procedure* (21 June, 1988)

Working Papers

1. *The Family Court** (1974)
2. *The Meaning of Guilt: Strict Liability** (1974)
3. *The Principles of Sentencing and Dispositions** (1974)
4. *Discovery** (1974)
5. *Restitution and Compensation** (1974)
6. *Fines** (1974)
7. *Diversion** (1975)
8. *Family Property** (1975)
9. *Expropriation** (1975)
10. *Limits of Criminal Law: Obscenity: A Test Case** (1975)
11. *Imprisonment and Release** (1975)
12. *Maintenance on Divorce** (1975)
13. *Divorce** (1975)
14. *The Criminal Process and Mental Disorder** (1975)
15. *Criminal Procedure: Control of the Process** (1975)
16. *Criminal Responsibility for Group Action** (1976)
17. *Commissions of Inquiry: A New Act** (1977)
18. *Federal Court: Judicial Review** (1977)
19. *Theft and Fraud: Offences** (1977)
20. *Contempt of Court: Offences against the Administration of Justice** (1977)
21. *Payment by Credit Transfer** (1978)
22. *Sexual Offences** (1978)
23. *Criteria for the Determination of Death** (1979)
24. *Sterilization: Implications for Mentally Retarded and Mentally Ill Persons** (1979)
25. *Independent Administrative Agencies** (1980)
26. *Medical Treatment and Criminal Law** (1980)
27. *The Jury in Criminal Trials** (1980)
28. *Euthanasia, Aiding Suicide and Cessation of Treatment* (1982)
29. *The General Part: Liability and Defences* (1982)
30. *Police Powers: Search and Seizure in Criminal Law Enforcement** (1983)
31. *Damage to Property: Vandalism* (1984)
32. *Questioning Suspects** (1984)
33. *Homicide* (1984)
34. *Investigative Tests** (1984)
35. *Defamatory Libel* (1984)
36. *Damage to Property: Arson* (1984)
37. *Extraterritorial Jurisdiction* (1984)
38. *Assault* (1984)
39. *Post-seizure Procedures* (1985)
40. *The Legal Status of the Federal Administration** (1985)
41. *Arrest** (1985)
42. *Bigamy* (1985)
43. *Behaviour Alteration and the Criminal Law* (1985)
44. *Crimes against the Environment** (1985)
45. *Secondary Liability — Participation in Crime and Inchoate Offences* (1985)
46. *Omissions, Negligence and Endangering* (1985)
47. *Electronic Surveillance* (1986)
48. *Criminal Intrusion* (1986)
49. *Crimes against the State* (1986)
50. *Hate Propaganda** (1986)
51. *Policy Implementation, Compliance and Administrative Law** (1986)
52. *Private Prosecutions* (1986)
53. *Workplace Pollution* (1986)
54. *Classification of Offences* (1986)
55. *The Charge Document in Criminal Cases* (1987)
56. *Public and Media Access to the Criminal Process* (1987)
57. *Compelling Appearance, Interim Release and Pre-trial Detention (1988)*

The Commission has also published over seventy Study Papers on various aspects of law. If you wish a copy of our catalogue of publications, please write to: Law Reform Commission of Canada, 130 Albert Street, Ottawa, Ontario K1A 0L6, or Suite 310, Place du Canada, Montréal, Québec, H3B 2N2.

* *Out of print. Available in many libraries.*

CRIMES AGAINST THE FOETUS

Available by mail free of charge from:

Law Reform Commission of Canada
130 Albert St., 7th Floor
Ottawa, Canada
K1A 0L6

or

Suite 310
Place du Canada
Montréal, Québec
H3B 2N2

© Law Reform Commission of Canada 1989
Catalogue No. J32-1/58-1989
ISBN 0-662-56432-4

Law Reform Commission
of Canada

Working Paper 58

CRIMES
AGAINST
THE FOETUS

1989

Notice

This Working Paper presents the views of the Commission at this time. The Commission's final views will be presented in its Report to the Minister of Justice and Parliament after the Commission has taken into account comments received in the meantime from the public.

The Commission would be grateful, therefore, if all comments could be sent in writing to:

Secretary
Law Reform Commission
130 Albert Street
Ottawa, Canada
K1A 0L6

Commission

Mr. Justice Allen M. Linden, President
Mr. Gilles Létourneau, Vice-President
Mr. Joseph Maingot, Q.C., Commissioner
Mr. John Frecker, Commissioner
Her Honour Judge Michèle Rivet, Commissioner

Secretary

François Handfield, LL.L.

Co-ordinator, Protection of Life Project

Edward W. Keyserlingk, LL.M., Ph.D.*

Principal Consultants

Patrick Fitzgerald, M.A. (Oxon.)
Joseph Gilhooly, M.A.

Consultants

Jean-Louis Baudouin, Docteur en droit (Paris)
Benjamin Freedman, Ph.D.
Bartha Maria Knoppers, Docteur en droit (Paris)
Robert Kouri, D.C.L.
Abby Lippman, Ph.D.
Ellen Picard, LL.M.**
Sanda Rodgers, LL.M.
David Smith, Ph.D.

Contributors

Dan Johnston
Harriet Simand, B.A.
Lori Luther, LL.B.

*Mr. Keyserlingk was Co-ordinator of the Protection of Life Project until August 1986 and Co-ordinator of the Foetal Status Working Group.
**Until January 1, 1987 when she was appointed to the Court of Queen's Bench of Alberta.

Table of Contents

INTRODUCTION 1

CHAPTER ONE: The Foetus in Law and History 5

I. Early Attitudes to Foetuses and Newborns 5
II. Common Law, English Law and the Foetus 6
III. Canadian Law and the Foetus 7
IV. The Problem of the Foetus 8

CHAPTER TWO: The Present Code and Its Shortcomings 15

I. The Present *Criminal Code* 15
II. Shortcomings 18
A. Undue Complexity in Arrangement 19
B. Lack of Clarity 20
C. Inconsistency 22
D. Incompleteness 23
E. Inadequate Response to Recent Developments 25
F. Conclusion 27

CHAPTER THREE: Reshaping Present Law 29

I. A Redraft 29
II. A New Approach 31
A. Search for Principles — The Four Tests in Our Criminal Law 31
B. Applying the Principles — The Tests in Our Criminal Law 32
Test One — Harm to Other People 33
(a) The Pregnant Woman 33
(b) The Foetus 33
Test Two — Serious Contravention of Fundamental Values 35
Test Three — Will Enforcement Contravene Fundamental Values 36
(a) Interests of Other People 36
(b) The Mother's Interests 37
(i) Foetus' Life v. Mother's Life 37
(ii) Foetus' Life v. Mother's Security 39
(iii) Foetus' Life v. Mother's Liberty 40
(c) Three Stage Approach 41
(d) Two Stage Approach 43
Test Four — Can Criminal Law Make a Significant Contribution 45
C. Conclusion 47

CHAPTER FOUR: Reform 49

Proposed New Legislation 49
Definitions 49
Person 49
Foetus 50
A New Foetus Title 50
1. Foetal Destruction or Harm 51
2. Medical Treatment 53
3. Lawful Abortion 53
4. Independent Survival 57

Effect on Present Law 57

Issues Respecting Foetus and Embryo Research 59
Suggestions for Further Study 61

CHAPTER FIVE: Summary of Recommendations 63

APPENDIX A: Abortion in Selected Countries 67

APPENDIX B: Selected Bibliography 79

DISSENT: Joseph Maingot, Q.C., Commissioner 87

Introduction

On its creation in 1971 the Law Reform Commission of Canada was asked to undertake a deep philosophical probe of our whole criminal law. In 1986 after years of study and collaboration with the Department of Justice, the Department of the Solicitor General and the provincial governments, it published in Report 30, *Recodifying Criminal Law*, the first part of a proposed new criminal code. In 1988 it followed this with Report 31, which is a revised and enlarged edition of Report 30 and contains most of the matters omitted from its predecessor.

A few items, however, involving special factors and requiring further study, were left for later consideration. These included trade and securities frauds, sex offences, prostitution and pornography. As well they included crimes against the foetus, i.e., "birth offences," foetal research offences and also abortion — all matters concerning the protection of life.

In 1975, the Commission had set up a specific project to study the protection of life in all its aspects. Comprising an interdisciplinary staff of lawyers, ethicists, sociologists and physicians, it conducted studies of a basically legal nature (e.g., on the general approach of criminal law to the protection of the person), medical-legal studies (e.g., on euthanasia) and sociological-ethical studies (e.g., on the interaction of ethics, society and law in protection of life issues). Based on this work the Commission published numerous study papers, seven working papers and three reports to Parliament.[1]

Meanwhile dissatisfaction with this whole area of law was surfacing. Lack of legal guidance on aspects of medical treatment, on foetal research and on euthanasia was causing concern. Unevenness in the decision-making of abortion committees, pointed out by the Badgley Commission, was a specially disturbing factor.[2] Lastly the compromise embodied in the Criminal Code's abortion section (section 251) was called in question by the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.[3]

---

1. Reports to Parliament: *Criteria for the Determination of Death*, no. 15, 1981; *Euthanasia, Aiding Suicide and Cessation of Treatment*, no. 20, 1983; and *Some Aspects of Medical Treatment and Criminal Law*, no. 28, 1986. Working Papers: *Criteria for the Determination of Death*, no. 23, 1979; *Sterilization: Implications for Mentally Retarded and Mentally Ill Persons*, no. 24, 1979; *Medical Treatment and Criminal Law*, no. 26, 1980; *Euthanasia, Aiding Suicide and Cessation of Treatment*, no. 28, 1982; *Behaviour Alteration and the Criminal Law*, no. 43, 1980; *Crimes Against the Environment*, no. 44, 1985; *Workplace Pollution*, no. 53, 1987; Study Papers: E.W. Keyserlingk, *Sanctity of Life or Quality of Life*, 1979; M.A. Sommerville, *Consent to Medical Care*, 1980; T.F. Shrecker, *Political Economy of Environmental Hazards*, 1984; J. Swaigen and G. Bunt, *Sentencing in Environmental Cases*, 1985; J.F. Castrilli, and T. Vigod *Pesticides in Canada: An Examination of Federal Law and Policy*, 1987.

2. Canada. *Report of the Committee on the Operation of the Abortion Law*, (Badgley Report) (Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1977) at 17.

3. Part 1 of the *Constitution Act, 1982*, being Schedule B of the *Canada Act 1982* (U.K.), 1982, c. 11.

Dissatisfaction appeared in various forms. Increased lobbying took place by pro-choice and pro-life groups across the country. A series of cases came before the courts involving Dr. Henry Morgentaler.[4] Finally in 1984 the Commission received a special request from the Canadian Bar Association to "undertake an in-depth study of the legal status of the unborn child in Canadian law and, if necessary, make recommendations."[5]

In response the Commission established, within the Protection of Life Project, a special working group on the legal status of the foetus. Comprised of leading scholars drawn from various disciplines such as biology, philosophy, sociology and law, it undertook research and consultation on various pertinent issues like new birth technologies, embryo and foetus research, genetic screening and counselling, and what have been called "birth offences" in the *Code*. The working group was co-ordinated by Edward Keyserlingk, with the assistance of Joseph Gilhooly, and consisted of Jean-Louis Baudouin, Benjamin Freedman, Bartha Knoppers, Robert Kouri, Abby Lippman, Ellen Picard, Sanda Rodgers and David Smith. The group is also indebted to a number of additional consultants, including Dr. Peter Gillett of the Department of Obstetrics and Gynaecology, Montreal General Hospital, and Professor Gail Sheehy of the Faculty of Law, University of Ottawa.

In 1986 this group released a *Consultation Document on Abortion Policy Options*, identifying the range of possible policy options and their implications. This document was distributed to numerous professional associations, interest groups and interested members of the general public. It also went through the usual consultations with our advisory panel of judges, representatives of deputy ministers of justice from the provinces, defence lawyers from the Canadian Bar Association, selected police chiefs and criminal law professors.[6] The Commission is grateful for the many helpful comments received in response.

Then, in January of 1988, the Supreme Court of Canada gave judgement in *R.* v. *Morgentaler*.[7] Allowing the accused's appeal, for reasons explained later in this paper, it held *Criminal Code* section 251 — the abortion section — inconsistent with the *Charter* and therefore void.

---

4. *R.* v. *Morgentaler*, [1976] 1 S.C.R. 616, 53 D.L.R. (3d) 161, 30 C.R.N.S. 209, 20 C.C.C.(2d) 449, 4 N.R. 277; *R.* v. *Morgentaler (#1)* (1974), 14 C.C.C. (2d) 435; *R.* v. *Morgentaler (#2)* (1974), 14 C.C.C. (2d) 450; *R.* v. *Morgentaler (#3)* (1974), 14 C.C.C. (2d) 453; *R.* v. *Morgentaler (#4)* (1974), 14 C.C.C. (2d) 455; *R.* v. *Morgentaler (#5)* (1974), 14 C.C.C. (2d) 459.

5. Canadian Bar Association Resolution no. 4; the full text of the resolution appears in the *National*, march 1984, p. 3.

6. The advisory panel discussions are part of the formal consultation process for all Law Reform Commission papers. These consultations proceeded as follows: Government panel- Oct. 28, 1986; Judges- Oct. 30, 1986: and the Canadian Bar Association, Canadian Association of Chiefs of Police, and the Canadian Association of Law Teachers- Oct. 31, 1986.

7. [1988] 1 S.C.R. 30, reversing (1985), 22 D.L.R. (4th) 641 (Ont. C.A.).

Finally, the special group on the legal status of the foetus brought its work to a conclusion in May, 1988, and presented the Commission with its report.[8] The report dealt with the biological development of the foetus, principles of reform, foetal status and legal regulation, a proposed new offence of causing death or harm to the foetus, abortion, foetal research and treatment, and new reproductive technologies. The report represented a joint attempt on the group's part to propose a comprehensive policy regarding the foetus which would be ethically defensible, solidly rooted in legal principle, generally acceptable in our pluralist society and fairly balancing the rights and interests of all those implicated. As such it forms part of the basis of the present paper.

This working paper, therefore, is the fruit of much work by many different people. The groundwork comprised the general studies of the Protection of Life Project under the supervision of Commissioners Baudouin, Lemelin and Rivet and co-ordinated by Edward Keyserlingk. Next, the work of the special group and the responses this generated, assisted the Commission in its deliberations. In addition, members of the Commission have attended seminars, given lectures, media interviews, and participated in public forums, all with a view to gauging the range of opinion on these controversial matters.

The Commission now comes forward with its own working paper on the criminal law relating to the foetus. This term is used here and defined in the paper to cover the product of a union in the womb of human sperm and egg cells at all stages of its life prior to becoming a person.[9] It doesn't, therefore, cover embryos fertilized outside the womb, entities which will accordingly be dealt with in our forthcoming paper on human experimentation. In essence it proposes a specific foetus crime on the lines suggested by the special group. To this crime it proposes two exceptions. These would relate to: (1) medical treatment, and (2) lawful abortion.

On the abortion issue the majority view put forward in the present working paper does not advance the commissioners' personal views about the morality or immorality of abortion itself but rather the Commission's view about the justifiability or otherwise of its criminalization. Proposals for decriminalization shouldn't necessarily be understood to recognize abortion itself as a rightful act but rather as one not necessarily fit for the attention of the criminal law. On this the paper attempts to fashion a position sensitive to the diversity of principles, needs and convictions of our pluralistic society.

---

8. *Report of the Working Group on the Status of the Foetus* to the Law Reform Commission of Canada, May 9, 1988.

9. See recommended definition on p. 50.

CHAPTER ONE

The Foetus in Law and History

I. Early Attitudes to Foetuses and Newborns

Legal attitudes towards foetuses and newborns have varied enormously over time. Some cultures severely proscribed abortion and infanticide: numerous early codes, for instance the Sumerian (2000 B.C.), the Assyrian (1500 B.C.), the Hammurabic (1300 B.C.), the Hittite (1300 B.C.) and the Persian (600 B.C.), prohibited striking a woman so as to cause the death of her unborn child, and thereby afforded the foetus at least indirect legal protection.[10] Other cultures saw both abortion and infanticide as acceptable solutions to problems of scarce resources, birth defects and sexual balance in society. Neither ancient Greek[11] nor, in its earlier stages, Roman law[12] forbade abortion. Indeed the latter saw the unborn child not as a living human being but as only a potential person still part of its mother. When it did forbid abortion, it did so as a danger to the mother's health, an infringement of the father's rights and a bad example to society rather than as a denial of the foetus' own rights.

On this subject, however, western legal development was profoundly influenced by the Judaeo-Christian tradition.[13] Jewish tradition in pre-Christian and early Christian times, while not penalizing abortion performed by the mother herself and not considering a foetus human in the full sense of the term, condemned abortion by third parties and allowed it only when necessary to save the mother's life. Later tradition seemed to consider the foetus a full human being from the time when it was formed, i.e., considerably before birth, and penalized abortion of the formed foetus with a capital sentence. Christian tradition for the first eleven hundred years condemned foetal destruction at whatever stage of formation. For the next six centuries it was regarded as homicide once the foetus was formed or animated. After 1869 this distinction was

---

10. D. Granfield, *The Abortion Decision* (New York: Doubleday, 1969), at 44.

11. *Ibid.* at 49.

12. *Ibid.* at 51.

13. J.R. Connery, *The Development of the Roman Catholic Perspective* (Chicago: Loyola University Press, 1977); G. Grisez, *Abortion: The Myths, The Realities, and The Arguments* (New York, Corpus Books, 1970).

eliminated and every abortion was punished with excommunication — a tradition finding strong defenders in Protestant Christianity, ranging from Calvin to a committee of Anglican Bishops of the Lambeth Conference.[14]

II. Common Law, English Law and the Foetus

Equally profound are the changes found in the common law tradition. In the thirteenth century Bracton considered all abortion homicide.[15] In the seventeenth century Coke considered it no crime prior to quickening, a serious crime after quickening and murder if the aborted child was born alive and died soon after.[16] In 1803 Lord Ellenborough's Act made all abortions criminal, punishing abortions after quickening with death and abortions prior to quickening with a lesser penalty.[17] In 1837 the distinction as to quickening was dropped and capital punishment for abortion was abandoned.[18] In 1939 case law recognized a limited defence of necessity to preserve the mother's life.[19] Finally, in 1967 the British Parliament allowed medical abortions where continued pregnancy would involve risk to the life or physical or mental health of the pregnant woman or her existing children or where there is a substantial risk that the child born would suffer from such physical or mental abnormalities as to be seriously handicapped.[20]

Meanwhile, some evidence of common law respect for the foetus can be found in the law relating to capital punishment. In the eighteenth century, executions of women in a state of pregnancy were suspended until the termination of the pregnancy, usually by birth of the child. Later it became the practice to order a permanent stay of execution. Later still, in 1931, Parliament passed the Sentence of Death (Expectant Mothers) Act to provide that where a woman convicted of a capital offence is found by the trial jury to be pregnant, she should be sentenced not to death but to imprisonment for life.[21] This was the position until the abolition, therefore, of the death penalty in 1965.[22]

---

14. Connery, *ibid.*, at 72.

15. Grisez, *supra*, note 13, at 186-87.

16. Coke, *Institutes of the Laws of England* (London: E.&R. Brooke, 1797) part 3, c. 7.

17. (1803), 43 Geo. III, c. 58.

18. (1837), 1 Vict., c. 85, s.6.

19. *R.* v. *Bourne*, [1939] 1 K.B. 687, [1938] 3 All E.R. 615 (C.C.C.).

20. *The Abortion Act 1967*, (U.K.), 1967, c. 87.

21. *Kenny's Outlines of Criminal Law*, 17th ed., by J.W.C. Turner (Cambridge: Cambridge University Press, 1958) at 575.

22. *Murder (Abolition of Death Penalty) Act 1965*, (U.K.), 1965, c. 71.

III. Canadian Law and the Foetus

Pre-confederation Canada largely followed England's example. In 1810 New Brunswick passed a law modelled on Lord Ellenborough's Act prohibiting abortion, though not by the pregnant woman herself.[23] In 1836 Prince Edward Island did the same.[24] In 1837 Newfoundland adopted English criminal law and with it English abortion law.[25] In 1841 Upper Canada in its *Offences against the Person Act* prohibited abortion without distinction as to quickening.[26] In 1842 New Brunswick too abolished the quickening distinction.[27]

Until this time criminalization only affected the abortionist. In 1849, however, New Brunswick criminalized abortion by the pregnant woman herself.[28] In 1851 Nova Scotia followed suit,[29] and provided in 1864 that the offence could be prosecuted whether the woman was pregnant[30] or not.

At Confederation, criminal law was brought under federal jurisdiction. Accordingly, in 1869 Parliament consolidated the criminal law applicable to all the provinces and adopted abortion provisions identical with those obtaining in New Brunswick, with a penalty of life imprisonment.[31] Finally in 1892 the first *Criminal Code* was enacted.[32] The 1892 *Code* contained various provisions concerning birth related offences. Among others were sections 271-272. Sub-section 271(1) made it an indictable offence subject to life imprisonment to cause the death of a child not yet a human being, in such manner that it would have been murder if such child had been born — a provision which was added possibly to clarify that late destruction of the foetus, while not technically procuring a miscarriage and therefore abortion, was nonetheless criminal. This provision was subject to a defence of acting in good faith to preserve the life of the mother (sub-section 271(2)). Section 272 made it a crime punishable with life imprisonment to attempt to procure a woman's miscarriage whether or not she was with child, and the good faith defence was not available.

In 1969 the abortion provisions were significantly amended. These changes occurred at a time when abortion reforms were taking place in England, the United

23. S.N.B. 1810, c. 2.

24. S.P.E.I. 1836, c. 22, s. 8.

25. S. Nfld. 1837, c. 4, s. 2.

26. *Provincial Statutes of Canada* 1841, c. 27, s. 13. Lower Canada abolished this distinction in 1859, *Consolidated Statutes of the Province of Canada*, c. 91, s.24.

27. S.N.B. 1842, c. 33, s. 2.

28. S.N.B. 1849, c. 29, s. 7.

29. R.S.N.S. 1851, c. 162, s. 11.

30. R.S.N.S. 1864, c. 164, s. 11.

31. S.C. 1869, c. 20, ss. 59, 60.

32. S.C. 1892 c. 29.

States and other western countries and when the thalidomide tragedy threw doubt in the minds of many on the appropriateness of forcing continuation of pregnancies in the face of anticipated gross foetal abnormalities. The amendment, contained in sub-sections 251(4-5), created a therapeutic exception to the general abortion provision and a committee structure to implement this exception. This amendment, and indeed the whole abortion section, section 251, was struck down by the Supreme Court of Canada in 1988.

IV. The Problem of the Foetus

Clearly, then, there is a great deal of social uncertainty about the status of the foetus. Part of that uncertainty results from the complexity of the whole biological process. Part results from the diversity of views past and present about that status. Part results from the lack of agreement as to how to reach consensus on the problem.

While from the genetic/biological perspective, life is continuous, certain accepted criteria have been superimposed on this continuum to distinguish between certain stages of development. Among these are the following:

Gamete (germ cell) — in males: sperm
in females: egg (or oocyte)

Zygote (fertilized egg) — the single cell resulting from fusion of egg and sperm

Conceptus — either (a) the mass of cells resulting from the first few divisions of the zygote, or

(b) the embryo (or foetus) plus the placenta (or membranes) throughout the first third of pregnancy.

Morula — the stage reached about 3-4 days after fertilization in which there is a grape-like cluster of 32-100 cells free in the uterine cavity.

Blastocyst — the stage in which there are 100+ cells arranged round a central cavity, only 3-4 of which will develop into the embryo proper.

Implantation — a process which begins about one week after fertilization and during which the conceptus (definition (a) above) attaches to the wall of the uterus. It is more or less completed 14 days after fertilization.

Embryo — the stage of development between fertilization and completion of basic organ development. At the end of this stage the organism is about 1'' (2.5 cm.) long.

Foetus — the stage of development following the embryonic period and continuing until birth or abortion.

> The transition from embryo to foetus occurs about 8 weeks after fertilization and 7 weeks after implantation.

Determination of the age of the embryo or foetus depends on whether one counts from the time of fertilization (usually unknown unless it occurs *in vitro*) or from the date of the first day of the last menstrual period before pregnancy occurred (usually referred to as LMP). The latter is the more common landmark for dating and means that the average full-term pregnancy lasts 40 weeks. In line with the methods used in clinical practice all references in this document to foetal age and stages of development are given in weeks from LMP.

It is not until about the 8th week (after the LMP) that the head and limbs are clearly identifiable although the heart has begun pumping somewhat earlier (by the end of the 5th week). The transition from embryo to foetus occurs about 10 weeks from the LMP (or 8 weeks after fertilization, 7 weeks after implantation) when most of the basic organs have taken shape.

Small wonder, then, at the wide diversity of views about the status of the foetus (used in the sense referred to on p. 8 above). In addition to uncertainty arising from the complexity of biological development just described, there are social disagreements over how to understand the significance of these stages in development. Some see the foetus as a miniature person alike in all respects but ease of visibility to a newborn baby and want the law to put it on the same footing as the latter without distinguishing between born and unborn children.[33] Others regard it as a non-person and want the law to reflect what they perceive as overwhelming differences between those merely undergoing biological development in the womb and those participating in social relations outside it, especially in cases of conflict between foetal and other human interests.[34] Yet others take a halfway position and look upon foetuses as potential persons, in some respects like, but in others unlike, persons, i.e., special cases which are more than just collections of human cells but for most of the time less than what ordinarily count as persons.[35]

Similar uncertainty regarding foetuses and newborns, as we observed above, appears in history. Some cultures used abortion and infanticide as common and acceptable methods of birth control. Others proscribed such acts with varying degrees of vigilance and severity.

---

33. This position has been argued unsuccessfully by the plaintiffs in: *Dehler* v. *Ottawa Civic Hospital et al.* (1979), 25 O.R. (2d) 748, 101 D.L.R. (3d) 686 (H.C.J.); and *Borowski* v. *Attorney-General of Canada* (1983), 4 D.L.R. (4th) 112, [1984] 1 W.W.R. 15 (Sask. Q.B.) affd. [1987] 4 W.W.R. 385; (1987), 39 D.L.R. (4th) 731; 59 C.R. (3d) 223 (Sask. C.A.).

34. See M. Tooley, "Abortion and Infanticide" (1972) 2 *Philosophy and Public Affairs* 37 for the clearest statement of this position. Also M.A. Warren "On the Moral and Legal Status of Abortion", *The Monist*, Vol.57, No.1, Jan. 1973.

35. See R.M. Hare, "Abortion and the Golden Rule" (1975) 4 *Philosophy and Public Affairs* 212; D. Callahan, *Abortion: Law, Choice and Morality* (New York: Macmillan, 1970); and B. Brody, "On the Humanity of the Foetus" in R.L. Perkins, ed., *Abortion: Pro and Con* (Cambridge, Mass., Shenkman Pub., 1974).

The same diversity is evident today.[36] The latest Alan Guttmacher world review divides national approaches to abortion into roughly four categories. About 40% of the world's population lives in countries allowing abortion on request, especially during the first trimester (e.g., France, Italy, the United States, the Soviet Union and China). About 25% lives in countries providing it, in practice, virtually on request (e.g., Great Britain, India, Japan, most European socialist states and before *Morgentaler* some parts of Canada). Another 25% lives in countries permitting it either not at all or else only to save the mother's life (e.g., those countries heavily influenced by Roman Catholic or Muslim beliefs — Belgium, the Irish Republic and Malta, almost two-thirds of Latin America, half of Africa and most Muslim countries in Asia). The rest, about 10%, lives in countries providing it to women whose lives are not endangered by pregnancy, but only for narrowly defined health reasons or perhaps in cases of rape or incest.

Such differences are only to be expected among nations with widely varying origins and traditions. Less noted but equally profound are changes occurring over time within the same culture. In England, as we saw, abortion was first a misdemeanour[37] prior to quickening[38] and a felony thereafter, was next a felony whenever performed, was later subject to a judicially recognized but limited defence of necessity[39] and was recently qualified by wide-ranging statutory exceptions. In Canada there was first a *Criminal Code* prohibition of abortion similar to that in England, then a prohibition subject to therapeutic exceptions and finally, as a result of the *Morgentaler* decision, no prohibition whatever.

Part of the uncertainty, however, about the status of the foetus results from lack of consensus as to the principles necessary to underpin a coherent legal approach. Such principles should be, or else should follow from, principles widely accepted and commanding social respect. They should take into account the interests of all relevant parties — of pregnant women, of foetuses and of society in general.

Such principles cannot easily be determined by market research, religious doctrine or even by common sense morality. Market research cannot provide a solution. Its devices — opinion polls and referenda — don't themselves afford principles. They

---

36. See appendix A entitled "Abortion in Selected Countries." See also C. Tietze and S.K. Henshaw, *Induced Abortion: A World Review* (New York: The Alan Guttmacher Institute, 1986) for a concise summary of legislation and statistics.

    For a survey of abortion legislation in the world's western nations see: M.A. Glendon, *Abortion and Divorce In Western Law* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1987).

    For a detailed analysis of Spanish and West German abortion law see respectively: R. Stith, "New Constitutional and Penal Theory In Spanish Abortion Law" (1987) 35 *The American Journal of Comparative Law* 513 and "West German Abortion Decision: A contrast to Roe v. Wade" (1976) 9 *John Marshall Journal of Practice and Procedure* 605.

37. Coke's, *Institutes*, *supra*, note 16.

38. Defined as the first recognizable movements of the foetus. *Dorland's Illustrated Medical Dictionary*, 26th ed., (Philadelphia: W.B. Saunders, 1981).

39. *R.* v. *Bourne*, *supra*, note 19.

only serve to check the public acceptability of such principles as are referred to in the researchers' own questionnaires.

Nor is religious doctrine of any greater assistance.[40] For one thing, principles based solely on religious faith may only convince adherents to that faith. In countries like Canada, however, no one faith can claim majority support — many Canadians practise no religion. For another thing, the imposition of principles based on one particular religion would threaten not only the tolerance essential to our pluralist democracy but also our historical tradition of non-establishment of any religion and of respectful co-existence between church and state.

Meanwhile, even an approach in terms of common sense morality encounters formidable difficulties. Admittedly, there has been widespread agreement on two points. The first is that the foetus' humanity or personhood is a crucial moral question in connection with foetal protection and especially in connection with abortion.[41] The second is that such humanity or personhood must occur, for legal purposes at least, at some precisely defined point in gestational development.

This gives rise to two problems. First, there is no agreement upon which point in such development is decisive — conception, implantation, spontaneous brain activity, completion of organogenesis, quickening, viability, or birth. Some of these points are significant in themselves, others are significant because they demonstrate some human potential, and each is rooted in some concept of what is distinctively human and worth respect. One person may feel that conception is the critical point because the human genotype, or the possession of the potential to develop specifically human characteristics, is definitive of humanity. Another may choose commencement of

40. The positions of the leading Canadian churches vary widely. In August, 1988 the General Council of the United Church of Canada reaffirmed the the church's 1980 position on abortion. The church recommended the removal from the *Criminal Code* of all sections relating to abortion within the first twenty weeks. The text of this can be found in 'Contraception and Abortion: A Statement of the 28th General Council of the United Church of Canada', United Church Publishing House, August, 1980. The Anglican Church of Canada appointed a task force to make recommendations following the Supreme Court of Canada decision in *Morgentaler*. The church accepts abortion on therapeutic grounds and suggests legal measures requiring the approval of two physicians, counselling, a waiting period between the initial consultation and performance of the procedure and record keeping. The Anglican position can be found in the report of the task force to the Executive Council, 13 May, 1988. The Roman Catholic position is that the direct killing of the unborn is always wrong and that civil laws which admit the liciety of abortion are immoral. The Catholic position appears in 'Declaration on Procured Abortion', Vatican City, 1974. The Baptist position was presented at the Assembly of the Baptist Union of Western Canada, Winnipeg, April, 1988. It urges the federal government to enshrine the rights of the unborn in the Charter and to enact legislation protecting the rights of the unborn as persons. Reference to a variety of theological literature will also illustrate this point: D.M. Feldman, "Abortion- Rabbinic Comment" (1984) 51 *Mount Sinai Journal of Medicine* 20; J.T. Noonan," An Almost Absolute Value in History" (1985) 11 *Human Life Review* 125; G. Brenneman, "Abortion: Review of Mennonite Literature 1970-1977" (1979) 53 *Mennonite Quarterly Review* 160, L.J. Nelson, "The Churches and Abortion Law Reform" in L.J. Nelson, ed., *The Death Decision* (Ann Arbour, Michigan: Servant Books, 1984) at 29; A. Steinberg, "Induced Abortion According To Jewish Law" (1981) 1 *Journal of Halacha and Contemporary Society* 29; see also W. Goodman, "Troublesome Abortion Issue: Theological Roots Spread Wide and Deep", *New York Times*, Sept. 8. 1984, at 29.

41. For this debate see: J. English, "Abortion and the Concept of a Person" (1975) *Canadian Journal Of Philosophy* 233; B. Brody, *supra*, note 35; M.A. Warren, *supra*, note 34; see also the references contained in the above noted materials.

neurological activity out of a belief that humanity's normative distinctness rests on its intellectual achievements. A third may choose birth as the demarcation point out of the belief that humans are essentially social creatures, that personhood in itself could not be fully present when sequestered within the womb.

Secondly, we lack agreement about the way to reach agreement. Advancing biological knowledge about gestation and pre-natal development has not resolved the moral question of abortion, although proponents of different views and points of demarcation have variously claimed numerous discoveries as supporting their own positions. The proponents of any given theory are rarely prepared to concede that any scientific discovery might cause them to choose another point. After all, the major points of controversy are moral rather than scientific; they are disagreements not about the facts of foetal development but about their evaluation. As to the moral status of the foetus, then, we face not only first order uncertainty over which point of demarcation to choose but also second order uncertainty over how to resolve that first order uncertainty and choose one point over another.

Uncertainty over how to resolve the dispute, reveals how serious the infringement upon individual conscience would be were the law to impose one point of demarcation upon proponents of another. Because of this uncertainty, the law could not persuade but only command. One group of persons chooses one point, let us say, out of religious conviction, a second chooses another point grounded, in their view, in scientific understanding, and a third chooses yet another, out of concern for what they understand as uniquely human. All these positions are conscientiously held, logically coherent and consistent with our fundamental social principles, but are in large measure irreconcilable, being based on different concepts of personhood and its place in nature.

Such irreconcilable moral differences reveal the limits of law as a coercive instrument. By choosing one defensible moral position over another the state rejects the dissenting moral stance together with its religious underpinnings, if any. Societies like ours, which cherish freedom of conscience and individual autonomy, must obviously reject state imposition of one particular moral view, on others conscientiously holding opposing views equally defensible.

Here, then, as elsewhere, criminal law must be used with restraint. It shouldn't be used to prevent abortions in circumstances where it is widely regarded as morally defensible. This doesn't mean, however, that it can't be used to protect the foetus where there is no justification for its destruction, that abortion is the only or best response to the dilemma of women pregnant against their will, or that the state should not in its role of furthering the common good protect the unborn through non-coercive means.

After all, despite conflicting moral views about abortion, no one in our society regards foetal destruction as a good in itself. On the contrary, even the most ardent proponents of maternal choice regard it as only a necessary, though often heart-rending, means of resolving unwanted pregnancies. Meanwhile most people's preferred alternative is effective family planning in the first place and effective social support

later so as to afford a realistic option of sustaining a pregnancy and bearing a child without imposing an unbearable burden on its mother. Accordingly, instead of seeking to imprison women aborting their foetuses and doctors assisting them, we should strive by an adequate social support system to provide such women with realistic alternatives in terms of adequate child care facilities, protection of unwed mothers from discrimination, and effective protection of jobs and career advancement prospects for women with maternity leave.

At the same time, the criminal law may well serve to prevent unjustified destruction of the unborn. In the first place, the sort of moral uncertainty arising from conflicts between foetal and maternal interests does not arise from conflicts between foetal and third party interests; and here criminal law may well fulfil a useful function. In the second place, as to conflicts between foetal and maternal interests, the balance to be struck is crucially affected by the fact that the relationship between a pregnant woman and her foetus evolves and changes as the foetus comes closer to birth and to full legal personhood. Thus arguments for maternal autonomy become less sustainable in later stages of pregnancy. In the absence of justification for subordinating foetal life to maternal interests, criminal prohibition of and sanction for abortion may well be defensible.

In conclusion, the foetus merits at least some protection, not necessarily of the same order as that accorded to those already born, but of a kind increasing as it develops.[42]

---

42. An Angus Reid poll conducted February 17 and 23, 1988 indicates that 73% of respondents believe that there should be some form of legal protection extended to the unborn. 52% were opposed to abortion after the first 12 weeks, and 63% were opposed to it after 18 weeks.

    In a Gallup poll conducted on 7 May, 1988 sixty percent of respondents agreed that there should be some restriction on abortion.

    American polls reflect similar opinions: *Public Opinion*, April/May 1985, p. 25-28, 53-55; and J.A. Davis, *General Social Surveys 1972-1985* (Chicago: National Opinion Research Center, 1985).

CHAPTER TWO

The Present *Code* and its Shortcomings

I. The Present *Criminal Code*

Canadian criminal law relating to the foetus and newborns is contained in numerous provisions of the present *Criminal Code*, which are presented here. Our presentation includes for completeness' sake section 251 on abortion which has been, and section 252 which could well be, declared unconstitutional. It sets out the sections on causing death and harm by criminal negligence, on the definition of "human being" for the purposes of homicide, on infanticide, on killing during birth, on neglect to obtain assistance in childbirth, on concealment of birth, on abortion and on supplying noxious things. It does not set out in full, however, all the lengthy homicide provisions, though they are to an extent relevant and are therefore mentioned by title and section number. The pertinent portions of these sections read as follows:

202. (1) Every one is criminally negligent who

(*a*) in doing anything, or

(*b*) in omitting to do anything that it is his duty to do,

shows wanton or reckless disregard for the lives or safety of other persons.

(2) For the purposes of this section, "duty" means a duty imposed by law.

203. Every one who by criminal negligence causes death to another person is guilty of an indictable offence and is liable to imprisonment for life.

204. Every one who by criminal negligence causes bodily harm to another person is guilty of an indictable offence and is liable to imprisonment for ten years.

(205. Homicide)

206. (1) A child becomes a human being within the meaning of this Act when it has completely proceeded, in a living state, from the body of its mother whether or not:

(*a*) it has breathed,

(*b*) it has an independent circulation, or

(*c*) the navel string is severed.

(2) A person commits homicide when he causes injury to a child before or during its birth as a result of which the child dies after becoming a human being.

(207. Death which might have been prevented)

(208. Death from treatment of injury)

(209. Acceleration of death)

(210. Death within a year and a day)

(211. Killing by influence on the mind)

(212. Murder)

(213. Murder in commission of offences)

(214. Classification of murder)

(215. Murder reduced to manslaughter)

216. A female person commits infanticide when by a wilful act or omission she causes the death of her newly-born child, if at the time of the act or omission she is not fully recovered from the effects of giving birth to the child and by reason thereof or of the effect of lactation consequent on the birth of the child her mind is then disturbed.

(217. Manslaughter)

(218. Punishment for murder)

(219. Punishment for manslaughter)

(220. Punishment for infanticide)

221. (1) Every one who causes the death, in the act of birth, of any child that has not become a human being, in such a manner that, if the child were a human being, he would be guilty of murder, is guilty of an indictable offence and is liable to imprisonment for life.

(2) This section does not apply to a person who, by means that, in good faith, he considers necessary to preserve the life of the mother of a child, causes the death of such child.

(222. Attempt to commit murder)

(223. Accessory after the fact to murder)

226. A female person who, being pregnant and about to be delivered, with intent that the child shall not live or with intent to conceal the birth of the child, fails to make provision for reasonable assistance in respect of her delivery is, if the child is permanently injured as a result thereof or dies immediately before, during or in a short time after birth, as a result thereof, guilty of an indictable offence and is liable to imprisonment for five years.

227. Every one who in any manner disposes of the dead body of a child, with intent to conceal the fact that its mother has been delivered of it, whether the child died before, during or after birth, is guilty of an indictable offence and is liable to imprisonment for two years.

251. (1) Every one who, with intent to procure the miscarriage of a female person, whether or not she is pregnant, uses any means for the purpose of carrying out his intention is guilty of an indictable offence and is liable to imprisonment for life.

(2) Every female person who, being pregnant, with intent to procure her own miscarriage, uses any means or permits any means to be used for the purpose of carrying out her intention is guilty of an indictable offence and is liable to imprisonment for two years.

(3) In this section, "means" includes

(*a*) the administration of a drug or other noxious thing,

(*b*) the use of an instrument, and

(*c*) manipulation of any kind.

(4) Subsections (1) and (2) do not apply to

(*a*) a qualified medical practitioner, other than a member of a therapeutic abortion committee for any hospital, who in good faith uses in an accredited or approved hospital any means for the purpose of carrying out his intention to procure the miscarriage of a female person, or

(*b*) a female person who, being pregnant, permits a qualified medical practitioner to use in an accredited or approved hospital any means described in paragraph (*a*) for the purpose of carrying out her intention to procure her own miscarriage, if, before the use of those means, the therapeutic abortion committee for the accredited or approved hospital, by a majority of the members of the committee and at a meeting of the committee at which the case of such female person has been reviewed,

(*c*) has by certificate in writing stated that in its opinion the continuation of the pregnancy of such female person would or would be likely to endanger her life or health, and

(*d*) has caused a copy of such certificate to be given to the qualified medical practitioner.

(5) The Minister of Health of a province may by order

(*a*) require a therapeutic abortion committee for any hospital in that province, or any member thereof, to furnish to him a copy of any certificate described in paragraph (4)(*c*) issued by that committee, together with such other information relating to the circumstances surrounding the issue of that certificate as he may require, or

(*b*) require a medical practitioner who, in the province, has procured the miscarriage of any female person named in a certificate described in paragraph (4)(*c*), to furnish to him a copy of that certificate, together with such other information relating to the procuring of the miscarriage as he may require.

(6) For the purposes of subsections (4) and (5) and this subsection "accredited hospital" means a hospital accredited by the Canadian Council on Hospital Accreditation in which diagnostic services and medical, surgical and obstetrical treatment are provided;

"approved hospital" means a hospital in a province approved for the purposes of this section by the Minister of Health of that province;

"board" means the board of governors, management or directors, or the trustees, commission or other person or group of persons having the control and management of an accredited or approved hospital;

"Minister of Health" means

(*a*) in the Provinces of Ontario, Quebec, New Brunswick, Manitoba, Newfoundland and Prince Edward Island, the Minister of Health,

(*a.1*) in the Province of Alberta, the Minister of Hospitals and Medical Care,

(*b*) in the Province of British Columbia, the Minister of Health Services and Hospital Insurance,

(*c*) in the Provinces of Nova Scotia and Saskatchewan, the Minister of Public Health, and

(*d*) in the Yukon Territory and the Northwest Territories, the Minister of National Health and Welfare;

"qualified medical practitioner" means a person entitled to engage in the practice of medicine under the laws of the province in which the hospital referred to in subsection (4) is situated;

"therapeutic abortion committee" for any hospital means a committee, comprised of not less than three members, each of whom is a qualified medical practitioner, appointed by the board of that hospital for the purpose of considering and determining questions relating to terminations of pregnancy within that hospital.

(7) Nothing in subsection (4) shall be construed as making unnecessary the obtaining of any authorization or consent that is or may be required, otherwise than under this Act, before any means are used for the purpose of carrying out an intention to procure the miscarriage of a female person.

252. Every one who unlawfully supplies or procures a drug or other noxious thing or an instrument or thing, knowing that it is intended to be used or employed to procure the miscarriage of a female person, whether or not she is pregnant, is guilty of an indictable offence and is liable to imprisonment for two years.

590. Where a female person is charged with infanticide and the evidence establishes that she caused the death of her child but does not establish that, at the time of the act or omission by which she caused the death of the child,

(*a*) she was not fully recovered from the effects of giving birth to the child or from the effect of lactation consequent on the birth of the child, and

(*b*) the balance of her mind was, at that time, disturbed by reason of the effect of giving birth to the child or of the effect of lactation consequent on the birth of the child,

she may not be convicted unless the evidence establishes that the act or omission was not wilful.

II. Shortcomings

A glance at the above provisions reveals numerous shortcomings. They are unduly complex in arrangement, unclear in expression, inconsistent with one another and incomplete in treatment of the foetus. They are also increasingly inadequate to respond to recent medical, social and constitutional developments.

A. Undue Complexity in Arrangement

Clearly the most glaring formal defect of the current provisions is their volume and complexity. For this five factors are responsible. One is the way the present law categorizes the victims of these offences as born and unborn, sub-categorizes born victims as ordinary homicide victims and (for the purposes of infanticide) newly born victims, and sub-categorizes unborn victims into those killed during birth and those killed before birth. Matching these sub-categories are four different types of crime defined in numerous sections scattered throughout the *Code*: homicide, infanticide, killing during birth and abortion.

Another factor is that of overlap. First there is the overlap with homicide. As pointed out in Working Paper 33, *Homicide*,[43] there are two problems relevant to the present discussion. There is a complete overlap between involuntary manslaughter as defined by common law and section 217 and the crime of causing death by criminal negligence defined by section 203 of the *Code*. In addition, the meaning of criminal negligence in section 202 is quite unclear — though sections 202-204 are entitled "criminal negligence," section 202 speaks in terms of "showing *wanton or reckless disregard* (italics added) for the lives or safety of other persons" i.e., recklessness.

Second, there is the overlap between causing death to another person by criminal negligence (s. 203) and killing an unborn child during birth (s. 221). For the purpose of section 203 a live, full-term foetus in the very process of being born had been held to qualify as a person,[44] although it wouldn't count as a human being for the purpose of the homicide provisions. Accordingly, to kill a foetus during birth now could possibly constitute two different offences at the same time, one of which — causing death by criminal negligence — is not directly affected by the *Morgentaler* decision.

Yet another reason for complexity is the tortuous arrangement of the homicide provisions themselves. This was fully discussed in Working Paper 33, *Homicide*,[45] and Report 31, *Recodifying Criminal Law* (revised and enlarged edition),[46] where suggestions for improvement were put forward. Here we focus only on infanticide which is particularly relevant to our discussion and on which the *Code* provisions are open to several criticisms. First, the offence is dealt with by two sections contained in totally different chapters of the *Code* — section 216 and section 590. Second, section 216 defines infanticide as the killing by a woman of her newborn child when her mind is disturbed from the effects of giving birth or the effects of lactation, while section 590 allows conviction for infanticide without proof of mental disturbance — the two

---

43. Law Reform Commission of Canada, *Homicide*, Working Paper 33, (Ottawa: Supply and Services Canada, 1984) at 25.

44. *R.* v. *Marsh*, [1979] 2 C.C.C. (3d) 1 (B.C.Co.Ct.). This interpretation was held to be erroneous in *R.* v. *Sullivan* [1988] B.C.J. No. 1494 (B.C.C.A.). But the question is still open to the Supreme Court of Canada.

45. *Supra*, note 43.

46. Law Reform Commission of Canada, *Recodifying Criminal Law*, Report 31 (Ottawa: LRC, 1987).

sections speak in opposite directions. Third, as was pointed out in *Working Paper 33*,[47] current medical evidence establishes no conclusive connection between the effect of childbirth or lactation and mental disturbance.

A further cause of complication is the inclusion of ancillary offences. In addition to the main crimes of killing during birth and abortion, there are the three offences of neglecting to obtain assistance in childbirth (s. 226), concealing the body of a child (s. 227) and supplying noxious things (s. 252). The first of these, which is only committed if the child is permanently injured or dies shortly before or after birth, could be more straightforwardly subsumed under a general rule against killing and harming the foetus. The second, which relates to concealing the dead body of a child in order to conceal the fact that the mother was delivered of it, has to do in essence with being an accessory after the fact to homicide, abortion, or killing during birth, and should be dealt with as such. The third offence, supplying noxious things, supplements the primary offence created by section 251. Since this has now been declared unconstitutional, some doubt arises as to scope remaining for the supplementary offence defined in section 252.

Finally, complexity arises with provisions like those in sections 203, 204, 205, and 216 as far as concerns causing death or harm by omission. All such provisions must be read in the light of our complex general law about omissions. Much of this law is to be found in *Code* sections 197-202 prefacing the homicide provisions. Most of it, however, is to be found in judicial decisions and common law doctrine.[48]

B. Lack of Clarity

The provisions discussed above are also notoriously unclear. Witness, for instance, the meaning given the terms "human being," "person" and "health" throughout this chapter of the *Code*. Witness also the meaning of "abortion" in section 251.

First, the term "human being." This term is used to describe the victim in a crime of homicide and is statutorily defined in section 206 to include a child that has completely proceeded in a living state from its mother's body whether or not it has breathed, has an independent circulation or has its navel string severed. So does it include a foetus temporarily removed for surgical purposes from its mother's body and later re-inserted? Does it include an embryo removed from its mother's womb and put into a petri dish? Does it include an embryo manufactured by *in vitro* fertilization of the ovum? While the answer to the last of these three questions may be doubtful, the

47. *Supra*, note 43 at p. 76.

48. See generally Law Reform Commission of Canada, *Omissions, Negligence and Endangering*, Working Paper 46 (Ottawa: LRC, 1985). See also: *R.* v. *McLoed* [1941] S.C.R. 228, 75 C.C.C. 305, [1941] 1 D.L.R. 773; *R.* v. *Colucci* [1965] 2 O.R. 665, [1965] 4 C.C.C. 56, 46 C.R. 256 (C.A.); *R.* v. *Kylsant* [1932] 1 K.B. 442 (C.C.A.); J.C. Smith and B. Hogan, *Criminal Law*, 5th ed. (London: Butterworths, 1983) at 43-47; G. Williams, *Textbook of Criminal Law*, 2nd ed. (London: Stevens and Sons, 1983) pp. 148-153; A.W. Mewett and M. Manning, *Criminal Law*, 2nd ed. (Toronto: Butterworths, 1985) at 78-85.

answers to the first two are inescapable — a live foetus removed at any stage from its mother's womb fits all the criteria of section 206 because "it has completely proceeded, in a living state, from the body of its mother." Does such a foetus, then, upon its removal become a human being irrevocably for the purpose of the homicide provisions or does it become a human being temporarily and cease being one on re-insertion? And should destruction of an embryo fertilized either *in vitro* or *in utero* and then placed in a dish count as homicide?

Next, the term "person." This is used in the definitions of numerous offences — causing death by criminal negligence (s. 203), causing bodily harm by criminal negligence (s. 204), assault (s. 245), causing bodily harm (s. 245.3), torture (s. 245.4) and kidnapping (s. 247), to mention but a few. As observed earlier, this term had been interpreted in the context of causing death by criminal negligence to cover a full-term live foetus.[49] Did this mean that the other crimes listed above could also be committed on a full-term live foetus? Could they also be committed on a less than full-term foetus?

Third, the word "health." The old abortion section, now invalidated by the Supreme Court of Canada in *Morgentaler* (1988), allowed abortion where continuation of the pregnancy constituted a threat to life or health.[50] But what is health? In the absence of a code definition, some view it as meaning only physical health, others see it as something broader, and yet others — including most of the medical profession — follow the definition adopted by the World Health Organization and regard it as "a state of physical, mental and social well-being and not merely the absence of disease or infirmity."

Finally, "abortion." Section 251 of the *Code* prohibits abortion except in certain circumstances. But what is abortion? Although the *Code* nowhere defines it, section 251(1) provides that "every one who, with intent to *procure the miscarriage* (italics added) of a female person, ...uses any means for the purpose of carrying out his intention is guilty of an indictable offence," while section 251(2) provides that "every female person, who, being pregnant, with intent to *procure her own miscarriage* (italics added) uses any means or permits any means to be used for the purpose of carrying out her intention is guilty of an indictable offence." This wording shows the concern of section 251 to be the untimely expulsion of the foetus from the womb before it reaches a state of development sufficient for independent survival. But the term is often used to cover other methods of live-birth prevention. As Glanville Williams states:

---

49. *Supra*, note 44.

50. Dickson, C.J.C., in ruling s. 251 unconstitutional, held that in practice the section clearly interferes with the bodily and psychological integrity of a woman and thus violates the *Charter* s. 7 right to security of the person (pp. 53-62). Beetz, J. held that security of the person includes a right of access to medical treatment, without fear of criminal sanction, for any condition which is a danger to life or health (pp. 89-91). Both *supra*, note 5.

> "For legal purposes, abortion means foeticide: the intentional destruction of the foetus in the womb, or any untimely delivery brought about with intent to cause the death of the foetus."[51]

On this view abortion could cover not only acts referred to in section 251 but also acts falling more strictly under section 221 (killing at birth). It could also include more recent methods of pregnancy reduction which result in foetuses of up to four centimetres in length being killed and eventually absorbed by the mother's body and, therefore, never in fact delivered.[52]

C. Inconsistency

This leads to certain inconsistencies in these provisions. Those on abortion are curiously inconsistent with those on homicide, especially by virtue of *Criminal Code* subsection 206(2) which provides that "a person commits homicide when he causes injury to a child before or during its birth as a result of which the child dies after becoming a human being."[53] As noted by Chief Justice Dickson in *Morgentaler*, after the sixteenth week of pregnancy the commonly used method of abortion in Canada is instillation, requiring "the intra-amniotic introduction of prostoglandin, urea, or a saline solution, which causes a woman to go into labour, giving birth to a foetus which is usually dead, but not invariably so."[54] But if the foetus is born alive and then dies as a result of the instillation, isn't the doctor straightforwardly guilty of homicide regardless of therapeutic intent and of the unconstitutionality of the abortion section?

This involves inescapable inconsistency. If the doctor commits homicide, as argued above, doesn't this make homicide law inconsistent with the abortion section and the *Morgentaler* decision? If he doesn't commit homicide, isn't this inconsistent with the actual homicide provisions? So, notwithstanding *Morgentaler*, a person performing a therapeutic abortion could perhaps in some cases be convicted of a crime of homicide for causing the foetus to die after birth.

Possible inconsistency, and at least an element of doubt, arises, since the case of *Morgentaler*, with regard to section 221. Either abortion includes or excludes killing in the course of birth. If it includes it, then section 221 is arguably as unconstitutional and contrary to the *Charter* as section 251. If abortion excludes killing in the course of

---

51. Williams, *supra*, note 48, p. 292.

52. See "Selective Termination in Quintuplet Pregnancy During First Trimester", *The Lancet*, 21 June, 1986, p. 1447 and "Assisted Reproduction and Selective Reduction of Pregnancy", *The Lancet*, 12 December, 1987, p. 1409.

53. See *R.* v. *Prince*, [1986] 2 S.C.R. 480, where an injury to a pregnant woman resulting in post-natal death of a foetus was held capable of amounting to two separate crimes: (1) causing bodily harm to the mother and (2) manslaughter of the child.

54. *Supra*, note 7 at 58; see The Badgley Report, *supra*, note 2, at 306-309; Canada, Statistics Canada, *Therapeutic Abortions 1985* (Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1986) at 43; Ontario. Minister of Health, *Report on Therapeutic Abortion Services in Ontario*, (Toronto: The Ministry, 1987) (M. Powell, Commissioner).

birth, then section 221 doesn't necessarily contravene the *Charter* and *Morgentaler* hasn't achieved as much as pro-choice supporters have imagined.

Still further inconsistency may well arise concerning section 252. This section prohibits the unlawful supply or procuring of noxious things with knowledge that they are intended to be used to procure a miscarriage. One problem concerns the term "knowledge." Case law has held that it is no defence that the person to whom the thing is supplied had in fact no intention so to use it — in other words you can know something is going to be used for a certain purpose even though in fact it isn't.[55] Yet in ordinary parlance you can only be said to know that which is true — you can't know "what ain't so."

A more serious problem arises over the link between this section and the one before it, section 251, which was declared unconstitutional. How can it be no crime to procure a miscarriage but at the same time a crime to supply the means for its procurement? One answer might be that supplying is no longer a crime because section 252 depends on section 251 and ends up being itself contrary to the *Charter*. Another answer might be that it is as coherent to decriminalize abortion while retaining a crime of assisting abortion as to decriminalize suicide while retaining a crime of assisting suicide. But the crime of assisting suicide consists simply of counselling, aiding or abetting a person to commit suicide whereas the crime of supplying noxious things consists of *unlawfully* supplying them; yet how can supplying be unlawful if the primary act is not? To this it might be answered that "unlawful" in section 252 means contrary to any law including provincial law and that a province might quite possibly prohibit the supply of noxious things for procuring miscarriages. But this would mean that a person's criminal liability under section 252 could well vary from province to province whereas criminal law is meant to apply uniformly across Canada. Whatever the answer, the worst of it is that we don't know what the law really is.

Finally, inconsistency appears in the use of different terms to cover the same reality, i.e., causing death or harm to the foetus. Section 203 uses "person" both in French and English, section 204 "person" in English but "autrui" in French, section 205 "human being," section 206 "child," section 216 "newly born child" and section 221 "child."

D. Incompleteness

Despite their volume and complexity, the provisions set out in the previous section of this paper are too incomplete to form a comprehensive chapter on the criminal law relating to the foetus. By no means do they spell out explicitly what may and may not be done to foetuses. Instead they speak implicitly in vague terms like "human being," "person" and "health," and remain silent on numerous problems arising in current medical practice. They say nothing about foetal research, about storage and destruction

55. *Irwin* v. *The Queen*, [1968] S.C.R. 462 [1968] 4 C.C.C. 119, 3 C.R.N.S. 377.

of human embryos, about liability for exposing the foetus to harm, about lawful intervention to promote foetal health, and about many other similar matters. And while such silence stems no doubt from enactment before the advent of much current technology, continued silence clearly cannot be justified today.

Another matter passed over in silence is the time-frame for abortions. If they are to be performed at all, the general consensus is that they should be done as early as possible — the later the abortion, the greater the health risk to the pregnant woman.[56] This being so, our abortion law is confused whatever its rationale — whether that rationale is to protect pregnant women's health or to promote the interests of the foetus.

Some opt for the first rationale. They see the law as aiming to protect the health of pregnant women and secure safe medical performance of operations otherwise done by back-street abortionists.[57] But how do they reconcile this notion with the actual means of implementation set out in section 251(4) and (5) — the cumbersome committee structures often causing significant delay? Resulting postponement of abortions to the later period of the pregnancy defeated the purpose assumed by the first rationale.

Others, however, opt for the second rationale. They see section 251 as aimed at maximum foetal protection.[58] But how do they square this with the overall context of that section, i.e., the general law about the foetus? That general law falls woefully short of maximizing foetal protection.

At common law there was originally no cause of action for wrongful death — from the liability standpoint it was better to kill than to injure. Although that rule has subsequently been modified to allow recovery for dependents and also for loss of expectation of life, no damages for lethal injury are recoverable by a foetus which is not born alive. The common law position is illustrated by the case of *Smith* v. *Fox*.[59] By contrast, where the foetus is wrongfully injured instead of being killed outright, it can, it was held, recover damages because "when it was subsequently born alive and viable, it was clothed with all the rights of action which it would have had if actually in existence at the date of the accident."[60] This civil law decision has been followed in

---

56. Badgley Report, *supra*, note 2 at 307-313; In 1985 there were only 0.7 complications per 100 therapeutic abortions when the procedure took place before nine weeks of gestation. In contrast, when performed after twenty-one weeks the rate rises to 39.8 complications per 100 therapeutic abortions: Statistics Canada, *supra*, note 54, at 50.

57. See the reasons of Beetz, J. in *Morgentaler* (1988), *supra*, note 7, at at 80-131. Although Beetz does believe that the protection of the foetus is a compelling objective, "the interest in protecting the life and health of the pregnant woman takes precedence over the interest in prohibiting abortions, including the interest of the state in the protection of the foetus" (at 81).

58. See the reasons of Wilson, J. in *Morgentaler*, [1988], *supra*, note 7 at 161-184. At 181 she states: "In my view the primary objective of the impugned legislation is the protection of the foetus." She then qualifies this purpose by incorporating the "ancillary objective" of protecting the pregnant woman's life and health.

59. [1923] 3 D.L.R. 785.

60. *Montreal Tramways Co.* v. *Leveille*, [1933] S.C.R. 456, (1933), 4 D.L.R. 337.

Ontario by *Duval* v. *Seguin*.[61] Killing a foetus, then, is no civil wrong to it at common law, while injuring it is a wrong if it is born alive.

Likewise in civil law systems the foetus while *in utero* is not in principle entitled to legal protection. Such rights and privileges as it enjoys depend on its being born alive. This position has not been changed by the 1971 amendments to the Quebec *Civil Code*.[62]

Criminal law took the opposite view. Intentional killing of the foetus has long been recognized by common law and subsequently by statute as a crime. Injuring, however, and killing which is not intentional, fell and still fall, outside the criminal law, with the possible above mentioned exception of section 203. Unless the wider interpretation given to "person" in that section by a county court[63] were generally accepted, our criminal law in general could hardly be said to maximize foetal protection.

E. Inadequate Response to Recent Developments

Much of the law in this whole area was written at a time when medical science was much less well developed. At that time rough and ready definitions of birth and death were perfectly adequate. Today, however, as we observed above, when embryos can be fertilized outside the womb and when foetuses can be temporarily removed from the womb and then replaced in it, the simple definition of "human being" in section 206 of the *Criminal Code* no longer suffices. In addition, the abortion provisions themselves reveal a disconcerting lack of nuance in their treatment of the unborn. While laws in other western countries[64] draw distinctions based on the gestational age of the foetus, focusing on trimesters, quickening, and viability to mark out different procedures and levels of culpability, Canadian law totally ignores the different stages in foetal biological development. It views all abortions, late or early, as the same — as either totally unlawful or as permissible on therapeutic grounds whatever the age of the foetus in question.

Medicine, however, is not the only field in which there has been development in thinking. In ethics, too, the views of our community on many issues are not what they were a hundred or even twenty years ago. Many things scarcely condemned at all in the last century, like environmental pollution and cruelty to animals, are meeting increasing social criticism in our time. Many things roundly condemned a hundred

61. (1973) 1 O.R. (2d) 482, 40 D.L.R. (3d) 666 (C.A.).

62. The maxim *infans conceptus pro natura habetur quoties de commodus ejus agitur* in civil law stands for the proposition that the foetus enjoys certain privileges provided that it is born alive and viable. [TRANSLATION] "The unborn child is not a person — nor is it a thing nor a part or an organ of its mother. In reality it does not fit into any legal category of person or property..." *Langois* c. *Meunier*, [1973] C.S. 301, p. 305.

63. See note 44.

64. See Appendix A.

years ago, like extra-marital intercourse and witchcraft, are viewed with much more tolerance today. Such changes in attitude call for reappraisal of much of our criminal law.

Such reappraisal was suggested in our report to Parliament in 1976, *Our Criminal Law*.[65] In that report we recommended restricting the ambit of the criminal law and limiting the *Criminal Code* to acts generally considered by the community to be wrongful enough to warrant the intervention of the criminal law. Acts no longer so considered, we suggested, should be removed from the Code and be decriminalized, and acts whose wrongfulness is controversial should be investigated so as to determine whether they should be abolished, redefined more restrictively or written in more stringent provisions.

Among this last category we put obscenity, incest, bigamy, indecency and abortion. Clearly our abortion provisions, even given the therapeutic compromise in section 251 and the necessity defence in section 221, in no way responded to many people's intense convictions at the present time. On the one hand the compromise itself ignored convictions strongly held by many to the effect that women are entitled to full control over their bodies and their physical destiny and should be free to obtain abortion on demand. On the other hand the operation of that compromise, in practice in certain hospitals, rode roughshod over convictions equally strongly held by many to the effect that the life of the unborn deserves the same protection as the life of those whom section 206 defines as human beings.

Finally, the abortion section did not comply with recent constitutional imperatives in the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Conspicuous among them is the right, laid down in section 7, to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with principles of fundamental justice. For lack of compliance with that section, in January 1988 the Supreme Court of Canada in *Morgentaler* held the abortion section unconstitutional.

The court reasoned as follows. First, because, in depriving a woman of general access, without fear of criminal sanction, to medical treatment for a condition representing danger to life or health, it infringed on her right to security of the person.[66] Second, because the procedures stipulated in section 251 for access to therapeutic abortions prevented that deprivation being in accordance with fundamental justice.[67] And third, because, although protection of the foetus is a valid governmental objective justifying reasonable limits under section 1 on the right to abortion, the means chosen in section 251 for achieving that objective were not so rationally connected with it as to save the section under section 1.[68]

---

65. Law Reform Commission of Canada, *Our Criminal Law*, Report 3, (Ottawa: Information Canada, 1976) at 20.

66. *Morgentaler* [1988], *supra*, note 7 at 53-63; per the majority reasons of Dickson, C.J.C.

67. *Ibid.*, at 63-73.

68. *Ibid.*, at 75-76.

F. Conclusion

Clearly, therefore, our criminal law relating to the foetus needs overhaul whatever one's view about the issue of abortion. Those wishing to replace the present section 251 by something more consistent with the *Charter* will obviously want legislative action to this effect. Even those preferring to have no law about abortion will hardly want to leave the rest of this area of the law unaltered and may join with the former in demanding amendment to such things as the case law definition of "person," the statutory definition of "human being," the offences of killing during birth and supplying noxious things — in other words they will be concerned with re-examining sections 203, 205, 206, 221 and 252 of the present *Criminal Code*. All parties, therefore — pro-choice adherents, pro-life adherents and those preferring some sort of compromise — cannot but agree that the existing law must be reshaped.

CHAPTER THREE

Reshaping Present Law

Reshaping criminal law can take two forms. It can consist of "housekeeping," i.e., careful redraft of present provisions to rid them of detailed shortcomings. Or it can chart a new approach and radically rethink the whole thrust of those provisions.

I. A Redraft

"Housekeeping" could admittedly bring improvement to this area. It could remove the ambiguity arising from the case law definition of "person" for the purposes of section 203 and make clear how far that and the other sections listed apply to foetuses. It could tighten the definition of "human being" in section 206 and clarify the position of foetuses removed temporarily or permanently from the womb. It could sort out the inconsistency between sections 221 (killing during birth) and 251 (abortion). Lastly, it could set out the provisions on infanticide with more logic and coherence.

Some housekeeping improvements of this kind have already been suggested in our previous papers. In Report 31, *Recodifying Criminal Law*,[69] we restrict all crimes against the person, from murder down to simple assault, to acts done to "persons," and define "persons" as those already born by having completely proceeded in a living state from their mother's body. We also recommend repeal of the infanticide provisions since the diminished responsibility situations they cater to could be more easily dealt with in sentencing, given abolition, as we recommend, of the fixed penalty for second degree murder. As well we limit crimes to acts and omissions explicitly defined as such by the *Criminal Code* or by some other act of Parliament and avoid piggy-backing criminal liability on to non-compliance with provincial law.

Here too we make some housekeeping suggestions. First we recommend a revised definition of the term "person." In Report 31, *Recodifying Criminal Law* we define it as "a person already born by having completely proceeded in a living state from the mother's body, or a corporation."[70] Instead of this we now suggest rewording that definition as follows:

> "person" means a corporation, or a human being which has proceeded completely and permanently from its mother's body in a living state and capable of independent survival.

---

69. *Supra*, note 46.

70. *Ibid.*, at 171, Draft Legislation section 2.

This change will have several advantages. First, it will ensure that, though foetuses are the product of human conception and therefore human, criminal law still limits homicide to victims already born. Second, it will clarify that non-fatal crimes of violence are limited to the same kind of victims. Third, use of the word "permanently" excludes foetuses outside, or removed from, the womb but requiring re-implantation for continuation of gestation and achievement of live birth.[71] Fourth, the definition excludes fertilized cells and embryos *in vitro* in order to avoid stigmatizing their disposal as homicide.

Our second recommendation concerns section 221 (killing an unborn child in the act of birth). This provision, we suggest, should be jettisoned from the proposed new Code. The reason is that if, as we later recommend, there be a general crime of destroying or harming a foetus (subject to certain limitations as in the case of lawful abortion) this will also cover acts of destroying a foetus before it has completely and permanently proceeded from the mother's body.

Our third recommendation relates to section 226 (neglect to obtain assistance in childbirth). This provision too in our view should not be retained in a separate section but, if retained at all, should be incorporated in a general foetus offence.

Fourth, we recommend dropping the provision contained in section 227 (concealing body of child). This crime is modelled on that introduced by the English *Offences against the Person Act 1861* on account of the difficulty of proving unlawful homicide of new-born infants. On this Williams observes:

> that statute is of doubtful justice, because a woman who has given birth to an illegitimate child, which dies soon after, may wish to conceal its birth for reasons that do not indicate her responsibility for its death. The statute is not required in order to secure the public notification of births, because this is provided for in other legislation.[72]

To this we only add that where there has been a homicide or crime of foetal destruction, concealment of the body will be covered under the new Code's clause 24(3)(b) on concealment of real evidence, and where there hasn't, there is no need to supplement statistics legislation by use of criminal law.

Finally, we recommend dropping the provision contained in section 252 concerning supply of noxious things. This section is unnecessary given a general foetus offence since the supplier would be liable under the proposed new *Code* for furthering the crime against the foetus where the noxious thing is supplied for an unlawful purpose.

RECOMMENDATIONS

1. "Person" in the new Code should be redefined as a corporation, or a human being which has proceeded completely and permanently from its mother's body in a living state and capable of independent survival.

71. On this process see: H. Tuchmann-Duplessis, *et al.*, *Illustrated Human Embryology*, 3 vols., Trans. by L.S. Hurley (London: Springer-Verlag, 1972-73); and K.L. Moore, *The developing Human*, 2nd ed. (Philidelphia: Saunders, 1977.

72. *Supra*, note 48 at 292. See in Canada, the *Statistics Act*, R.S.C. 1970-71-72, c. 15, s. 29, and parallel provincial legislation.

2. There should be no separate provision in the new Code concerning killing in the act of birth.

3. There should be no separate provision in the new Code concerning neglect to obtain assistance during childbirth.

4. There should be no provision in the new Code concerning concealing the body of a child.

5. There should be no provision in the new Code concerning supply of noxious things.

II. A New Approach

Mere housekeeping, however, is of limited value. While we can redefine "person" in more careful detail, we must still ask how far outside the context of abortion it should be criminal to destroy or harm foetuses and how far homicide law should apply to embryos and foetuses surgically removed from the womb. While we can amend or drop the "supply of noxious things" provision, we still must determine whether all procurements of miscarriage (e.g., by back-street abortionists) should be decriminalized.

All this calls for a re-thinking of the whole area so as to chart a more coherent legal approach. Should the foetus be protected by the law at all? If so, should it be protected by the criminal law? These questions call for answers underpinned by fundamental social principles.

A. Search for Principles — The Four Tests in Our Criminal Law

As observed earlier, such principles cannot be found simply by reliance on market research or religious doctrine. In our view, they can only be discovered by reference to our fundamental social values. Such values, we contended in *Our Criminal Law*,[73] are of two kinds. Some are essential to the very existence of society, some to the existence of our own particular society in its present shape and form.

Essential values are those without which all social life would be impossible. Society being a co-operative enterprise, there must be among its members some give and take, some respect for each others' needs and vulnerabilities, some mutual trust, reliance and preference for order over anarchy, peace over violence and honesty over deceit. All social life commits its members to values like sanctity of human life and inviolability of the person.

---

73. *Op. cit.*, note 65.

Values essential, not for the very existence of society, but for the existence of our own particular society include, for instance, the value set in Canada on justice, equality, dignity and individual liberty. These are by no means necessary for social life — many societies have survived without them. But such are not societies Canadians would ever want to live in.

These basic principles and values, we have argued, dictate the right shape for our criminal law. They suggest that it should play a limited role, operate with restraint, and function as an instrument of last resort. In line with this approach, given government approval, in *The Criminal Law in Canadian Society*,[74] we have urged that no act should be a crime unless it satisfies four tests set out as follows:

> To determine whether any act should be a real crime within the *Criminal Code* we should inquire:
>
> — does the act seriously harm other people?
>
> — does it in some other way so seriously contravene our fundamental values as to be harmful to society?
>
> — are we confident that the enforcement measures necessary for using criminal law against the act will not themselves seriously contravene our fundamental values?
>
> — given that we can answer "yes" to the above three questions, are we satisfied that criminal law can make a significant contribution to dealing with the problem?[75]

The first two tests outlined above in fact answer the question whether an act merits attention from the law in general. Tests three and four help answer the question whether it merits the attention of the criminal law in particular. To put it another way, the first two tests deal with the question of whether the foetus deserves any legal protection, the other two with the question of whether it deserves criminal law protection.

B. Applying the Principles — The Tests in Our Criminal Law

Do acts of foetal destruction and injury satisfy these tests? First, a preliminary point. Clearly such acts may be committed in two different situations, by three different categories of persons and at four different levels of culpability. They may be committed with or without the consent of those carrying the foetuses in question. They may be committed by those carrying, by their physicians or by third parties. And they may be committed intentionally, recklessly, negligently or by accident. Clearly, in many people's eyes, their criminality, if any, will vary accordingly — negligent acts will be less criminal than reckless ones, reckless ones less criminal than intentional ones, and

---

74. Government of Canada, *The Criminal Law In Canadian Society*, Ottawa, 1982.

75. *Op. Cit.*, note 65 at 33-34.

acts done by pregnant women themselves, or with their consent, will be less criminal than those done by third parties against their objections.

But should there be criminality at all? Take the worst case: a third party deliberately destroys a foetus against its mother's will. Should this be criminal? How far does this act satisfy the four tests laid down in *Our Criminal Law?*

Test One — Harm to Other People

First, does foetal destruction harm other people? Plainly there are two possible victims of such harm. One is the pregnant woman herself. The other is the foetus.

(a) *The Pregnant Woman*

The pregnant woman poses little problem. If a consenting party, she can't complain of harm unless the operation is done so negligently as to jeopardize her health and safety. If a non-consenting party, she unquestionably suffers harm. But this, like the harm resulting from any other act of violence, can be dealt with quite adequately by charges of assault, unlawful bodily harm and so on. No special foetal offences are needed.

(b) *The Foetus*

What of the foetus? First, two preliminary points. In this discussion we are concerned with foetuses either in the womb or only temporarily removed from it. We are not concerned with embryos completely and permanently outside the womb such as those resulting from *in vitro* fertilization programmes. In such programmes more embryos are produced than can be safely implanted. The resulting "spare" embryos not being destined for birth, fall into a unique category, to be protected, if at all, not by the ordinary criminal law relating to the person but rather by special regulations, which are discussed below. Accordingly, acts harming or destroying such embryos fall outside the present discussion.

The second preliminary point relates to medical treatment. With ordinary persons, i.e., those already born, the principle outlawing harm is subject, in law and in morality, to an exception for medical treatment.[76] In general, such treatment benefits rather than harms the patient, and even where it doesn't it is intended so to do. For that reason, medical procedures, which are discussed below, also fall outside the present discussion.

Apart from these two exceptions, can acts harming or destroying the foetus be said to cause harm to "other people?" Clearly there is real harm to the foetus, but

---

76. Report 31, *supra*, note 46, Draft Legislation s.44(2)(*a*). Report 28, *supra*, note 1 at 6-7.

should it count as "other people?" Is it a person, and, if so, from what point in time — from conception, from quickening, or from some other moment?

As explained earlier, this question poses a twofold difficulty. First, despite widespread agreement that for legal purposes foetal personhood must occur at some precisely defined point in time, there is no consensus as to when that point is reached. Second, we don't know how to reach consensus because the controversy is less of a scientific than of a moral nature — the disagreement isn't over facts but over their evaluation. Not surprisingly, therefore, we find different approaches. Those stressing that life is a continuous process from conception to death, that a foetus on the point of birth differs little from one just born, and that either of them can show equal evidence of suffering pain will clearly see the foetus as a person.[77] Those focusing on the foetus' primitive nature in its early stages, on its utter dependence on its mother and on the unique relationship between them will see it as less than a person.[78]

Actually, however, for two reasons we suggest that there is no need to ask this question. First, although the first test in *Our Criminal Law* speaks in terms of "other people," this test was developed, not with foetal offences in mind, but rather as a general principle in reference to the ordinary standard crimes against the person and against property. It served, rather, to stress the need to focus criminal law chiefly on crimes of violence and to show restraint in other use of criminal law, especially in relation to crimes without victims.

Meanwhile, as our work on the criminal law proceeded, we widened the ambit of that first test. In two instances we proposed using criminal law against acts causing harm, not to other people, but rather to other categories of entities meriting protection: One comprised the environment, the other animals. In both cases we saw such acts as meriting criminalization, though not necessarily to the same extent as acts against the person. In our view, the foetus is yet another category.

Second, to decide whether to give the foetus criminal law protection we don't need to decide if it is a person.[79] Instead we can directly ask how far we should protect it. Indeed, the answer to this question — how to protect it, how to treat it, how to regard it from a moral standpoint — is itself part of the answer to the question whether morally it counts as a person.

Once we go straight to the question of how to treat the foetus, our ordinary intuitions can point the way. On the one hand, as observed earlier, a person destroying a woman's foetus against her will is looked on by many as committing a wrong not only to the woman herself but also to the foetus. Suppose, to take a rare but nonetheless illuminating example, an eight months pregnant woman with no next of kin lies in an irreversible coma and some third party for his own ends destroys her foetus. Would not

77. *Supra*, note 33.

78. *Supra*, notes 34 and 35.

79. There is nothing which limits criminal law protection to persons. Further, even those who deny that the foetus is a person might accept a measure of criminal law protection at some point in development.

most people view this as not only wrongful but also as a wrong to an entity meriting protection?

This view can find support from other factors. Countries permitting capital punishment typically exclude it for a pregnant woman so as to avoid killing the "child" she carries.[80] Western states generally provide pre-natal care not only for the sake of pregnant women and society but also presumably for the sake of the foetuses. Most societies are anxious at the prospect of scientists destroying foetuses simply for purposes of research, experiment or commerce — harvesting foetuses for use in the cosmetic industry,[81] for instance, strikes most people as wholly repulsive. Thus the foetus surely is not seen as wholly without intrinsic value.

On the other hand, it isn't necessarily seen as having the same value and as meriting the same protection as someone already born. Loss of a child isn't generally viewed as so traumatic before birth as after. Destroying a foetus, even against a woman's will, isn't generally regarded as quite on a par with murder. In fact most people see the foetus as having intrinsic value somewhere between that of a non-person and that of a person already born. They see it as being *sui generis* — a unique case. They also see it as having more value and meriting more protection as it develops. Loss of a foetus after eight months in the womb is more traumatic than loss of one after only one month.

We conclude, then, that foetal destruction and injury, on the face of it, results in harm to an entity deserving at least some protection and that the first test in *Our Criminal Law* is satisfied in this new extended sense.

Test Two — Serious Contravention of Fundamental Values

The second test raises two questions. First, does foetal destruction seriously contravene fundamental values? Second, does it do so in such a way as to be harmful to society?

The first question is fairly easy. Foetal destruction and injury clearly contravene two values — (1) respect for life[82] and (2) bodily security, both fundamental in our society and both articulated in the *Charter*.

---

80. As Great Britain did prior to the abolition of the death penalty in 19065: *Kenny's Outlines of the Criminal Law*, *supra*, note 21.

81. For an example of the purported use of foetuses for cosmetic production and the outrage caused by same see: (1985) #1477 *The New Scientist* 12.

82. See LRCC Study Paper, *Sanctity of Life or Quality of Life*, and references therein, *supra*, note 1. Keyserlingk suggests three essential elements of the sanctity of life principle. These are: human life is precious and deserves respect and protection; human life cannot be taken without adequate justification; and the principle is basic to our society. Because the term 'sanctity of life' suggests an absolute principle going beyond these three components, we prefer to use the term 'respect for life' in this paper.

The second question is harder. Done without the mother's consent, foetal destruction clearly threatens these values, weakens respect for them and therefore harms society. Done with her consent or at her request, e.g., in an abortion, it has less clear results. Some think that it nonetheless lessens general respect for human life and harms society. Others assert that because foetal destruction is justified, it doesn't lessen that respect and so doesn't harm society. Yet others argue that protection of the foetus at the expense of the mother itself shows lack of respect for life.

Accordingly, we conclude as follows: in extreme cases, i.e., those done against the mother's will, foetal harm and destruction clearly satisfy both tests. They cause harm to other people and they so seriously contravene fundamental values, i.e., respect for life and bodily security, as to be harmful to society. Thus a prima facie argument exists for criminalizing foetal harm and destruction committed without the consent of the mother.

In less extreme cases, e.g., in consensual abortions and especially those done to save the mother's life, the position is less clear. They satisfy the first but not necessarily the second test — they cause harm to other people but don't necessarily involve manifest disrespect for life.

Test Three — Will Enforcement Contravene Fundamental Values?

All use of criminal law may itself threaten fundamental values. It may threaten those very values it is meant to uphold. It may well infringe our basic interests. All of us, being subject to its prohibitions, find our liberty restricted, while those against whom it is enforced may suffer encroachment on their privacy, liberty, bodily security and even lives. All this must obviously be weighed against the prospective protection against harm to other people and the contravention of fundamental values.

Would criminalizing foetal harm and destruction, therefore, itself contravene fundamental values and infringe people's basic interests? Would it threaten the life, liberty and security of the mother? Would it threaten the life, liberty and security of any others?

(a) *Interests of Other People*

Interests of people other than the mother pose little difficulty. Clearly destruction of a woman's foetus can't threaten another person's life or bodily security. Nor, subject to two possible exceptions, can it threaten his or her liberty — no third party is entitled to continuation of a woman's pregnancy. So, however wrongful it may be to terminate a pregnancy, it isn't a wrong to the third party.

One possible exception is the father of the foetus. Clearly his close connection with it may render him concerned by the continuation or termination of the mother's pregnancy — deliberate destruction of a woman's foetus against her will is not only

wrong but also, many would contend, a wrong to other people — a wrong to her, a wrong to the foetus itself and a wrong to the father.

Use of criminal law against abortion, however, hardly infringes the liberty of a father wanting to terminate the pregnancy.[83] Where for reasons of life and health the mother decides to terminate her pregnancy, any liberty restraints posed by criminal law prohibition of abortion are clearly more significant for the mother than the father. Where the mother wants to continue the pregnancy, the father's choice must surely yield to hers.

Another possible exception relates to scientific research and business practice. In some cases, e.g., use in the cosmetic industry, the end in view may seem so trivial as to display utter disrespect for human life. In others the end may have greater social utility, e.g., increase in scientific knowledge, discovery of new cures and so on, but here, too, respect for foetal life must be maintained. Special provisions, therefore, as discussed below, may be necessary to regulate all such activity.

In general, then, we conclude that criminal prohibitions against foetal destruction and harm do not contravene fundamental values as regards third parties. Consequently, subject to the answers to the two remaining tests, we recommend the following:

RECOMMENDATION

6. There should be a general crime of causing foetal harm or destruction.

(b) *The Mother's Interests*

Where the interests affected are those of the mother, the question is less simple. Here the values of life, liberty and security may pull in opposite directions. The value of the foetus' life and security argues in favour of its protection, the value of the mother's life, liberty and security may argue in favour of its destruction.

(i) *Foetus' Life v. Mother's Life*

Here we consider the classic, textbook situation where continuation of the pregnancy would kill the mother and termination would destroy the foetus. Fortunately such situations are, today, extremely rare — in most cases the doctor tries to save both

---

83. In the American decision of *Planned Parenthood of Central Missouri* v. *Danforth*, 428 U.S. 52 (1976), 49 L. Ed. 2d 788, 96 S. Ct. 2831 Blackmun, J. ruled that a Missouri law requiring a woman's spouse to consent to the abortion was unconstitutional. This was also the result of *Coe* v. *Gerstein* (1975 CA5 Fla) 517 F.2d 787, affd 428 U.S. 901 (1976), 49 L. Ed. 2d 1205, 96 S. Ct. 3202.

The Canadian Courts have dealt with fathers rights in *Medhurst* v. *Medhurst et al.* (1984), 46 O.R. (2d) 263 and *Mock* v. *Brandenburg*, July 29, 1988, Alta. Q.B., (unreported at time of writing). Veit, J. denied the request by the father for an injunction to prevent the abortion but indicated that relief may be found elsewhere, perhaps in contract or tort.

lives. They are, however, a useful starting-point for a general examination of the problem of balancing foetal and maternal interests. In the hypothetical case, therefore, where survival is possible for either but not both, which life should prevail?

Now, weighing one life against another is both difficult and objectionable. For one thing, each person's life is all that person has — snuff that out and you obliterate (for him or her) a universe. For another, what possible grounds can justify preferring one person's life over another's? All lives are surely equal.

This difficulty is illustrated in the common law doctrine of necessity.[84] Under that doctrine, acts otherwise criminal may be committed if they are the least harmful way of avoiding greater evil. But acts done solely to preserve one's own life at the cost of another's aren't allowed — loss of one's own life is no greater evil than loss of the other person's. For this reason the celebrated English case of *R.* v. *Dudley and Stevens*[85] ruled out necessity as a defence to murder.

This suggests preference for neither life — neither the foetus' nor the mother's. On the one hand, it suggests that the foetus can't be sacrificed to save the mother's life. On the other hand, it suggests that the mother can't be sacrificed to save the foetus. Nature must be left to take its course.

To this there are various counter-arguments. First, are all lives really equal? As argued earlier, our ordinary intuitions see the foetus as falling in value somewhere between a non-person and a person in the full sense, i.e., a person already born. They also see it as meriting increased protection as it develops and conversely less protection in the earlier stages.

Secondly, another reason for seeing the foetus' life as less than equal to the mother's is its dependency. The foetus' life depends on the mother's metabolism whereas the mother's, which supports it, forms an independent life. For this reason, many would reject the notion that the independent supporting life should be called upon to sacrifice itself in the interest of the dependent life which it supports.

Thirdly, the foetus' life in this kind of situation threatens the mother's. Now, arguably no one is morally obliged to yield their life in response to such threats. No

---

84. See for example: Williams, *supra*, note 48 at 295-296, 302, 603; Smith and Hogan, *supra*, note 48, p. 201-204; Mewett and Manning, *supra*, note 48 at 348-352; See also *Perka* v. *The Queen* [1984] 2 S.C.R. 232.

85. [1884] 14 Q.B.D. 273.

one is under any moral obligation to remain passive and allow their own life to be sacrificed to such a threat.[86]

We conclude, then, as follows. Where survival is possible for either the mother or the foetus but not for both, to destroy the foetus may be justified if there is no other way of terminating pregnancy. But even if it were not morally justified, we would still recommend that it shouldn't be subject to criminal penalty. For no woman should be compelled by threat of criminal sanction to lay down her life for her unborn child. Under "other way" we don't of course include forced treatment, e.g., caesarian section, which would constitute assault upon the mother if imposed without her consent.[87]

RECOMMENDATION

7. The general crime of destroying a foetus should not apply to acts done to save the mother's life.

(ii) *Foetus' Life v. Mother's Security*

What if continuation of the pregnancy will do serious but non-fatal harm to the mother? Suppose for instance it will result in loss of a kidney — a result not putting her in immediate danger of death but lessening her long-term chances of survival. Or yet again suppose it will make her a nervous wreck incapable of functioning as an independent person — the outcome accepted in *R.* v. *Bourne*[88] as justifying that particular abortion. In such cases can pregnancy be justifiably ended?

---

86. Suppose, by way of analogy, two people are drowning. One is just about able to swim and therefore stay afloat until help comes. The other cannot swim but manages to climb on the first's back. Staying on his back he will be able to survive till he is rescued but the other one will drown. Here, no one would suggest that this other must morally allow the non-swimmer to ensure his survival in this way. Rather, most people would contend that he is fully entitled to get rid of this extra burden that would cost him his life. Of course there is nothing wrong in the non-swimmer's adopting this means to survival. There's equally nothing wrong in the swimmer's refusing to let him adopt it. Each is free to seek his own survival.

87. Equally unacceptable are court ordered caesarian sections. Court orders of this nature are premised on making the foetus a ward of the court pursuant to child care and protection legislation, but such legislation typically defines children subject to its provisions as children under a stated age, eg., 16 years — a definition surely not encompassing the unborn. Moreover, while on the face of it the legislator may within its own jurisdiction authorize a court to issue any order whatsoever, an order requiring a caesarian section may well contravene s. 7 of the *Charter* and not be salvageable under s. 1. But finally, even if as a legal matter the *Charter* were held not contravened, we would still contend that on moral principle no one should be compelled to undergo surgical operations against their will. For two recent Canadian cases which raise these issues see: In the matter of the Family and Child Service Act S.B.C. 1980 and ammendments and in the matter of baby boy Roininen, B.C. Prov. Ct., Doc # 876215, Vancouver registry, 3 Sept., 1987; and In the matter of the Child and Family Services Act, Statutes of Ontario, 1984, ch. 55 and in the matter of the Children's Aid Society of Belleville and the unborn child of L.T. and G.K., Doc # 105/87, Belleville registry, 2 April,1987.

88. *Supra*, note 19.

Here three factors have relevance. First, there is a qualitative difference between an interest in life and an interest in bodily security.[89] Second, there is arguably also a difference between those with the interests. Third, an interest in life is surely an interest in a life worth living — not only quantity but also quality is of importance.

First, the qualitative difference between life and security. Life is clearly more fundamental than bodily security. So, other things being equal, one person's life takes precedence over another person's security. Take away the former's life and we take everything. Take away the latter's bodily security and life still remains.

As against this there is the second factor — the difference between those with the interests: the mother and the foetus. The mother is a fully independent person already born and functioning in society. The foetus isn't yet independent but is only a potential person. This being so, the general priority for life over security may not necessarily apply. How many would agree, for example, to save the foetus' life by subjecting the mother to a kidney removal? Is she to that extent her foetus' keeper?

In addition there is the third factor — right to life means right to a life worth living. Life here means more than mere survival; it means life as a human being with all that that connotes. Forced continuation of a pregnancy rendering a woman a physical or mental wreck can be seen as infringing not only her right to bodily security but also her right to life itself.

We conclude, therefore, that termination of a pregnancy is justified to protect the mother against serious though not necessarily life-threatening injury. Again, even if it were not, we would still see it as unfit for criminalization. No woman should be compelled by law to continue a pregnancy likely to rob life of most of its quality. Law's proper concern is with duty not with heroism.

RECOMMENDATION

8. The general crime of destroying a foetus should not apply to acts done to protect the mother against serious physical injury.

(iii) *Foetus' Life v. Mother's Liberty*

Most difficult is the conflict between foetal survival and maternal autonomy. Should the former take precedence and compel continuation of the pregnancy? Or should it yield to the mother's right of control over her own body?

Again three factors arise for consideration. First, life is more fundamental than autonomy. Second, there is again the qualitative difference between those with the

---

89. In *Mills* v. *The Queen* [1986] 1 S.C.R. 863 Lamer, J. defined security of the person as including not only physical integrity but also the right to psychological integrity. This was followed by Dickson, C.J.C., in *Morgentaler* [1988].

interests. Third, autonomy is itself highly prized in our society — a community in which a woman had no say over her own physical development would be one most Canadians, male or female, wouldn't want to live in.

Priority of life over liberty obviously argues in favour of the foetus.[90] The notion that all human life has value argues against letting pure whim dictate termination of pregnancy. It opposes abortions done simply for capricious reasons.

The qualitative difference between those with the interests argues the other way. Increasing protection for the developing foetus suggests, as argued above, that the further back its development, the greater the subordination of its interests to those of its mother. Her lower interest in autonomy when taken in conjunction with her higher status may in the end take precedence over the foetus' higher interest in life when taken in conjunction with its lower status.

This brings us to the third factor — the mother's actual interest in autonomy. Central to our kind of society is the notion that people are ends in themselves and aren't to be used simply as means to the ends of others. Part of being an end in oneself is control over one's bodily destiny — our bodies are where we all primarily live and have our being. But part of such control includes for every woman the right to choose whether or not to start a pregnancy. Arguably, part of it too is the right to choose whether or not to end a pregnancy, especially one not chosen by her and even more especially one forced upon her. Hers, surely, is the right to control her physical destiny and to take such decisions so long as she does no harm to other people.

The foetus, however, is clearly affected by termination of the pregnancy and, as argued earlier, qualifies for protection under Test 1 in *Our Criminal Law*. How can we strike a balance, then, between its survival interest and its mother's autonomy interest? Two views emerged in the Commission — a two-stage and a three-stage approach.

(c) *Three-Stage Approach*

One view of the Commission would favour a compromise position similar to that arrived at by our special working group. That position, which seems in line with Madam Justice Wilson's suggestion in *Morgentaler* and with the position adopted by the United States and certain other jurisdictions, divides foetal development into three

---

90. Wilson, J. in *Morgentaler* supra note 7 at 182: "The undeveloped foetus starts out as a newly fertilized ovum; the fully developed foetus emerges ultimately as an infant. A developmental progression takes place between these two extremes and, in my opinion, this progression has a direct bearing on the value of a foetus as potential life...(I)n balancing the State's interest in the protection of the foetus as potential life under s.1 of the *Charter* against the right of the pregnant woman under s.7, greater weight should be given to the State's interest in the later stages of pregnancy than in the earlier.

stages or trimesters.[91] The first of these ends at the twelfth week of pregnancy (LMP), the second extends to about the twenty-second week and the third from the twenty-second week until the end of the pregnancy.[92]

The rationale for this division is as follows. First is the duration of the first of the three stages. At about the eighth week a woman usually knows she is pregnant. In the tenth week the embryo becomes a foetus in a technical sense and, in accordance with the view of increasing development meriting increased protection, by this time calls for closer restrictions on abortion. To extend the first stage, therefore, to the twelfth week is meant to afford the woman sufficient time for reflection and deliberation before deciding to continue or terminate the pregnancy. It also reflects current medical guidelines concerning the performance of abortion.

Next is the duration of the second stage — from the twelfth until about the twenty-second week. At some time near the twenty-second week the foetus becomes viable, i.e., able to survive outside its mother's womb. The time of viability varies but within the present day limits of medical science all we can say is that viability is unlikely before the twenty-second week LMP. Again, therefore, consistent with the view of increasing foetal protection, the point of viability calls for yet closer restrictions on abortion.

According to this compromise position foetal protection increases as follows. During the first trimester there should be no lawful restriction on abortion — in short, during those first twelve weeks abortion should be a private matter between a pregnant woman and her doctor. This would on the one hand priorize the mother's autonomy and privacy and on the other hand acknowledge the difficulty of enforcement during these early weeks, especially if self-abortifacient drugs become available in the near future. During the second trimester there should be abortion only on medical grounds to protect the mother's physical or psychological health. Such grounds would need to be evidenced by a doctor. At this stage, however, the evidence of one doctor would suffice.

During the third trimester the abortion should be allowed only when necessary to save the mother's life or to protect her from serious injury. Such necessity would need to be evidenced at this stage by two doctors.

The minority view in the Commission was that this three-stage compromise, itself the recommendation of the special working group, had in its favour reasons of principle and practicability. As to principle, it emphasizes maternal autonomy during the first

---

91. In *Morgentaler, ibid.* 182, Wilson, J. said in obiter: "[T] he value to be placed on the foetus as potential life is directly related to the stage of its development during gestation."

In the United States this position has been applied in: *Roe* v. *Wade*, 410 U.S. 113 (1973); affd *City of Akron* v. *Akron Center for Reproductive Health Ltd.*, 462 U.S. 416 (1983); *Thornburgh* v. *American College of Obstetricians and Gynecologists*, 106 S. Ct. 2169 (1986).

92. In all cases the Commission bases its calculations on the time elapsed since LMP. See the discussions on pg.12 ff. of this paper and the references given *supra*, note 91.

stage, gives greater weight to foetal interests in the second stage and is therefore consistent with the notion that as it develops the foetus merits increased protection. As to practicability, it allows for the difficulty of enforceability of abortion laws during the first stage and harmonizes with current medical practice, according to which doctors generally prefer to perform abortions when it is safest to do so, i.e. up to about the twelfth week of pregnancy.

(d) *Two-Stage Approach*

On consideration, however, the majority of the Commission preferred a simpler two-stage approach and decided against this compromise for several reasons. First, difficulty of enforcement doesn't necessarily rule out some role for criminal law. Crimes committed in private by one person on another are often very hard to prove but law fulfils a function even by underlining the basic value at risk. Second, reference to any other point than viability, at which time foetal life becomes sustainable independently from its mother's life, weakens a principled approach to criminal lawmaking.[93] Third, in our view neither maternal autonomy nor foetal life should be allowed in the early trimester to completely outweigh each other — one may prevail in this case, another in that, but neither should ever be extinguished from consideration. The law should recognize the foetus as having at all stages some intrinsic value. So, while the termination of a woman's pregnancy should be primarily a matter between her and her doctor, it should never be a purely private matter — there is a public interest in the unborn at all stages.

The majority, then, opted for a two-stage approach. The second stage, consistent with principle, can be said to start at the twenty-second week. The first stage will therefore extend to that week.

This still leaves us, however, with the problem of balancing foetal life against maternal autonomy in the first stage. If both are always there to be called into play so that now one prevails and now the other, how can we decide in any given case which one is to be favoured?

Help may perhaps be gleaned from the civil law doctrine of abuse of rights.[94] This doctrine has it that a person's rights may not be abused by being exercised capriciously without regard to the effect on other people. A property owner, for instance, may not use his right to extract water flowing underneath his land simply in order to deprive his neighbour of it — he has to have sufficient reason.

---

93. Both the Canadian Medical Association and The Society of Obstetricians and Gynaecologists of Canada consider viability possible in ordinary circumstances at twenty-two weeks LMP and/or a foetal weight of 500 grams.

94. On this see J-L. Baudouin, *La Responsabilité Civile Délictuelle* (Cowansville, P.Q.: Editions Yvon Blais, 1985) at 71-90.

Such an approach can be illustrated as follows. In general every woman is entitled to make decisions about her physical welfare. In particular she is entitled to determine as a private matter between her and her physician whether or not to terminate her pregnancy. At the same time the foetus still has interests which may be overruled but never wholly extinguished. Accordingly, in any given case, a woman is entitled to terminate her pregnancy but only for some sufficient reason.

What counts, however, as sufficient reason? Clearly not something so exacting as to restrict abortions to life-threatening situations already covered and therefore to render her autonomy illusory. Equally clearly not something so slight as to cater simply to pure whim or caprice and deprive the foetus of all protection.

In our view a sufficient reason here should be the need to avoid detriment to the mother herself. Continued pregnancy would not need to endanger life or threaten very serious injury of the kind discussed above under the rubric of bodily security in order to be considered detrimental. But it would need to do more than create annoyance or inconvenience. It would need, we feel, to affect her general welfare in terms of physical, mental or psychological health. "Psychological" is used in the recommendation as the broader term encompassing what is often referred to as mental health.

Admittedly, "health" itself is not defined in the proposed chapter any more than it is under the present *Code*. The addition of the words "physical or psychological," however, brings more clarity. Whereas the present *Code* leaves it uncertain whether "health" covers physical health, psychological health and even (as according to WHO) social well-being, the proposed draft specifies that the term covers physical and psychological health but excludes social well-being. It does not detail the various kinds of detriment to health and the manifold causes thereof but leaves them for determination in the circumstances of each individual case.

Various other candidates for justifiable grounds for abortion have been put forward. Conspicuous among them is the fact that the pregnancy results from rape or incest. Though arguments can be made supporting these juridical grounds, in our opinion they focus on the wrong aspect — -on the cause of pregnancy instead of the result. In our view what justifies ending a pregnancy is not that it results from rape or incest but that its effect, as well may happen in such cases, is to undermine the woman's physical, mental or psychological health.

Another suggested candidate relates to socio-economic reasons — the mother can't afford another child, the parents already have more children than they can cope with, and so on. Again, this puts the focus on the wrong place. Such economic and social reasons by themselves in our view fall below the threshold of justification unless they serve to undermine the mother's health.

Yet another possibility is that the foetus suffers from some serious though non-lethal defect. In our view, however, our society and our law, especially since enactment of the *Charter*, has no place for the notion that the handicapped, born or unborn, are a

lesser breed than their more fortunate able-bodied counterparts.[95] Again the only justification for abortion in such cases might be that continued pregnancy would produce such trauma as to undermine the mother's health. This, we would sincerely hope, is a problem to be approached rather with compassionate social concern, with supportive counselling and with meaningful social assistance.

In short, in the first stage the mother's autonomy concerning her health should be respected so long as its exercise in its turn manifests respect for the life of the foetus. This means neither that the latter must always take precedence nor that we lack confidence in the good faith of pregnant women to act responsibly in these matters and to terminate pregnancies only for sufficient reasons. On the contrary, it accords with our general confidence that women and doctors act and will continue to act with such responsibility.

RECOMMENDATION

9. The crime of destroying a foetus should not apply to acts done before the twenty-second week of pregnancy to protect the mother's physical or psychological health [or to acts done before the twelfth week of pregnancy (alternative)]

Test Four — Can Criminal Law Make a Significant Contribution?

The harmfulness of any act won't of itself warrant its criminalization. As pointed out in *Our Criminal Law*, all criminalization comes at various costs in terms of suffering, loss of liberty and enforcement expenses. Unless these costs are outweighed by benefits in terms of some social improvement, the use of criminal law is never justified. In short, the criminal law must be used with restraint and only where it can significantly contribute to the solution of a problem.

The problem here consists in wrongful destruction and injury of foetuses.[96] Is this a problem criminal law can help to solve? Is this sort of foetal destruction and injury something criminal law can wholly or partly prevent?

To some extent it is. Foetal destruction and injury without the mother's consent, and more especially against her will can surely be discouraged by criminal law denunciation backed by sanctions. Violent assaults on foetuses, therefore, and also gross negligence in medical treatment can, in our view, be discouraged by such denunciation. True, acts harming the mother as well as her foetus are already covered by the ordinary crime of bodily harm. But acts harming the foetus only are not; they are covered at most by the minor crime of assault by touching, as concerns the mother,

---

95. S. 15 of the *Charter*, *supra*, note 3 states that "Every individual is equal before and under the law and has the right to equal protection and benefit of the law... without discrimination... based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age, or mental or physical disability." (emphasis added)

96. See *infra* at 34-37 ; see also E.W.Keyserlingk, *The Unborn Child's Right to Prenatal Care* (Montreal: Quebec Research Center for Private and Comparative Law, 1984) at 41-59.

and by no crime, as concerns the foetus, because ordinary crimes of violence can only be committed against persons already born.

It is possible that criminal law could be of use with respect to various other acts conflicting with the principle of human dignity — commercial trade in foetuses, cloning of foetuses, inter-species fertilization, and other experiments manifesting complete disrespect for human life.[97] The Commission is presently studying these and other issues involved in human experimentation and will present its views in a separate working paper in the near future. Some of these may be fit subjects for the attention of the criminal law.

Clearly some special foetus provisions are essential. Such provisions, in so far as they relate to harm to foetuses, could take two forms. They could for the most part take the form of special aggravating factors serving to render assaults against the mother more serious. Or they could take the form of special foetus offences highlighting foetal protectability in its own right and the intrinsic wrongfulness of foetal harm and destruction.

Criminalization of foetal destruction at the mother's request is more problematic. Arguably even where maternal should yield to foetal interests, the criminal law is not the right solution. For one thing, it may prove ineffective. For another, it may represent too negative an approach.

First, it may prove ineffective. On the one hand, the stricter the criminal law about abortion, the softer the view perhaps of juries, and meanwhile the greater the temptation to resort to back-street abortionists with all the health dangers involved. On the other hand, the greater the availability of self-abortifacient drugs in the near future, the smaller the chance of monitoring what goes on and so affording an opportunity to criminal law to make a contribution.

Second, resort to criminal law may represent too negative an approach to the problem. That problem is surely not so much the woman's pregnancy as its unwantedness. But its unwantedness may well result from a variety of factors — from the lack of adequate birth control counselling and facilities for teenagers, from the traditional stigma imposed on birth outside wedlock, from the insufficiency of social support for parents and especially for single parents, from the inadequacy of present assistance, in terms of day care for example, for working mothers and finally from our

---

97. The Medical Research Council of Canada has addressed the issues of foetal and embryo experimentation in their *Guidelines on Research Involving Human Subjects* (Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1987) at 34-35. While the MRC does not speak to the the question of the proper role of criminal law in these areas, it suggests that the primary element to be considered in assessing the acceptability of embryo/foetal research should be the intended purpose of the research. The nature of the tests for acceptability is not clearly specified. At the international level many reports have been prepared on these issues in recent years. For a listing of these see L. Walters, "Ethics and New Reproductive Technologies: An International Review of Committee Statements (1987) 17:3 *Hastings Center Reports* (Special Supplement) 3; for the most recent comprehensive study of these questions see the report of the French Conseil d'État, la documentation française, notes et études de commentaires, Sciences de la vie, *De l'éthique au droit*, March, 1988.

own society's insufficiently positive attitude in general to pregnancy and parenthood. These factors must be coped with by positive measures, i.e., by improved social programmes of education and assistance, rather than by ever sterner anti-abortion laws whose enactment may only substitute activity for action and lull us into the security of believing we have really solved the problem.

Criminal law, however, can still contribute symbolically by upholding respect for human life, stressing the value of the unborn human life and emphasizing that pregnancy termination has to be — not least for the sake of the mother's own health — a medical matter. In short the prohibition itself may well achieve as much as its enforcement.

C Conclusion

Our over all conclusion, therefore, is the following. First, any act of destruction or serious harm to the foetus qualifies as harm to an entity deserving of protection and so satisfies the first test, in its extended sense, in *Our Criminal Law*. Second, it also seriously contravenes the fundamental value of life so as to be harmful to society and thereby satisfies the second test. Third, in some situations, i.e., in those affecting the life, health and safety of the mother, use of criminal law against such an act may itself seriously contravene fundamental values of life, liberty and security of the person and therefore prevent the act in question from satisfying the third test. Fourth, in other situations criminal law can make a contribution to solving the problem. For these reasons we conclude that the law can properly criminalize foetal harm and destruction, subject to exceptions discussed above as arising under the third test, and operating on the lines explained below.

CHAPTER FOUR

Reform

The scheme that we suggest is geared to our proposed new Code set out in Report 31, *Recodifying Criminal Law*.[98] It involves various changes to the definition section and addition of a new Title on Crimes Against the Foetus to be located immediately after the Title on Crimes against the Person.

Proposed New Legislation

RECOMMENDATION 10

DEFINITIONS

Person

The first change to the definition section relates to the term "person." Draft section 2(1) provides as follows:

> "person" means a corporate body or a physical person and in the latter case means a person already born by having completely proceeded in a living state from the mother's body.

Two problems arise with this definition. It covers foetuses temporarily removed by surgery from the uterus and later re-inserted, with the odd result that one foetus in the womb may be a homicide victim because it was temporarily removed whereas another may not because it wasn't. It also covers fertilized cells removed permanently from the womb and placed *in vitro*, with the odd result that their disposal after serving their purpose may count as homicide. We propose the following replacement:

> **"person" means a corporation, or a human being which has proceeded completely and permanently from its mother's body in a living state and capable of independent survival.**

The words "capable of independent survival" exclude foetuses born alive prior to viability. To allow destruction of a non-viable foetus in the womb as an exception to abortion but to categorize destruction of a non-viable foetus outside the womb, by an act done before or after birth, as homicide of a person is inconsistent. Both foetuses will qualify under the proposed definition as foetuses, not persons. Destruction of either foetus, therefore, will qualify, where not protected by exceptions to this Title, as foetal destruction.

98. *Supra*, note 46.

The word "permanently" excludes foetuses removed from the womb only temporarily and later re-inserted. Destruction of these too will qualify at most as an offence against the foetus and not as homicide.

The words "from its mother's *body*" are used to rule out foetuses removed from the uterus but still within the mother's body. These will not count as having been born and so as possible victims of homicide.

"Human being" is left undefined. For one thing everyone knows what it means. For another all definition must end somewhere.

Foetus

The term "foetus" is nowhere defined in the present *Criminal Code*. Nor is it defined in Report 31. In order to include a Title, therefore, on Crimes against the Foetus we propose to add to the definition section the following provision:

> **for the purpose of this Title "foetus" means the product of a union in the womb of human sperm cells and egg cells at all stages of its life prior to becoming a person.**

The term "foetus" under this definition will cover both embryos (foetuses between fertilization and completion of basic organ development) and post-embryonic foetuses. Destroying or harming either may amount to a crime against the foetus. The term "human" is left undefined. True, the present *Code* has a curious provision in section 206 to the effect that a child doesn't become a human being until it has proceeded completely from its mother's body. This, far from being a proper definition of the term, runs counter to the general consensus that the product of human conception, in the womb or outside, is a human being.

The word "life" is used in its usual sense in medical contexts to mean life from conception till death. "Life" rather than "gestational life" is used to avoid the existence of a gap between foetushood and personhood — a foetus removed from the womb prior to viability, e.g. a pre-embryonic foetus, would otherwise qualify neither as a foetus nor as a person. Under the proposed definitions every foetus (including embryos and fertilized cells) counts as a foetus prior to viability.

A NEW FOETUS TITLE

In essence we propose four sections. The first creates a new general foetus offence. The second and third provide exceptions for medical treatment and lawful abortion. The fourth fixes the time of foetal viablility.

1. Foetal Destruction or Harm

(1) Everyone commits a crime who

(a) purposely, recklessly or negligently causes destruction or serious harm to a foetus; or

(b) being a pregnant woman, purposely causes destruction or serious harm to her foetus by any act or by failing to make reasonable provision for assistance in respect of her delivery.

(2) Section 1 applies even though the destruction or harm results after the foetus becomes a person.

This general provision would deal with all wrongful harm to foetuses. It would, therefore, replace the present *Code* sections on abortion (s. 251), killing during the act of birth (s. 221), neglect to obtain assistance in childbirth (s. 226), causing death and bodily harm by criminal negligence (ss. 203-4) in so far as applicable, and killing a child by a pre-natal injury (s. 206(2).

The advantages of such a general approach are several. First, it articulates clearly and unambiguously that the foetus merits criminal protection. Second, it provides a more logical and coherent approach than that of the present *Code* which directs our researches to various different places in the text. Third, it keeps crimes against the foetus separate from ordinary crimes against the person. This measure is desirable on account of the particular problems arising in such crimes, particularly with regard to medical and other scientific evidence. Our approach is in line with what we take to be a general consensus that the foetus' intrinsic value, nonetheless, takes second place to that of persons already born.

This kind of comprehensive approach, we note, has already been adopted by four American states. Illinois,[99] Indiana,[100] Iowa,[101] and Minnesota,[102] have all passed legislation prohibiting what is usually referred to as foeticide and, except for that of Minnesota, restricting the offence to the unlawful *killing* of the foetus.

The conduct required is causing destruction or serious harm. We have not thought to separate the two in order to allow for different maximum penalties. Rather, we think the line so fine between them that we prefer to leave the outcome to the court passing sentence. Nor do we go beyond causing actual serious harm. Leaving trivial harm and risk of harm below the threshold of criminality mirrors in our view the lesser value imputed generally to the foetus than to the person already born.

---

99. Ill. Ann. Stat. c. 38, §. 9-1, 2 (Smith-Hurd Supp. 1987).

100. Ind. Code, §. 35-42-1-6 (1982).

101. Iowa Code Ann. §. 707.7 (West Supp. 1985).

102. Minn. Stat. Ann. §. 607.266 ff (1987 Supp.).

Both destruction and harm, of course, can be caused by omissions as well as by acts. Under the new proposed Code, however, no omission is criminal unless it is an omission to perform a duty laid down in the general part or else is an omission specifically prohibited (Report 31 Recommendation 2(3)(b) and clause 6(1)). Since the duties referred to are owed only to persons already born, section 1 above includes the words "or by failing etc." in order to create a specific crime of omission.

The requisite culpability differs depending on whether destruction or harm is caused by the mother herself or by a third party. Where it is caused by a third party, we see no reason to exclude recklessness and negligence. Note that, in accordance with Recommendation 2(4)(b) of Report 31 and draft section 11(d), negligence means criminal negligence — "a marked departure from the ordinary standard of reasonable care."

Where, however, destruction or harm to the foetus is caused by the mother herself, we feel that the requisite culpability should be limited to purpose. While few perhaps would deny that pregnant women have a moral obligation to avoid reckless or negligent conduct affecting their foetuses, we hesitate to bring in criminal law at this point. In the first place, because of the unique relationship between mother and foetus, use here of criminal law would — unfairly in our view — impose special burdens on her over and above those falling on all other parties. Second, criminal law enforcement would involve intolerable restrictions, on the mother's own autonomy, e.g., monitoring the way she eats, drinks, smokes and so on. Third, such monitoring and restrictions could well cause marital and familial disruption. Finally, at a time when pregnant women's civil liability for foetal injuries is far from resolved, it would be premature to impose on them the still more onerous burden of criminal liability.

The requirement of purpose in the case of a woman's failing to make reasonable provision for assistance during childbirth is roughly in line with section 226 in the present *Criminal Code*. That section only penalizes neglect to obtain assistance with intent "that the child shall not live or with intent to conceal the birth of the child." The new foetus offence will only penalize failing to make reasonable provision for assistance if the purpose of such failure is to cause destruction or harm to the foetus.

Finally, subsection (2) provides that acts or omissions directed against a foetus and resulting in destruction or serious harm fall under the foetus crime whether such destruction or harm results before or after birth. Under present law such acts or omissions are treated differently according to the time the destruction ensues — they constitute homicide if it occurs after birth but either no crime at all or else the crime of killing an unborn child during birth if it occurs before birth (*Criminal Code* section 221) — a totally unsatisfactory inconsistency. Under the new proposal both would constitute at most a crime against the foetus and criminal liability would depend not on a fortuitous time-factor but rather on the nature of the act or omission itself. Criminal Code sub-section 206(2), therefore, as applied in *R.* v. *Prince*, is dropped.

Exceptions

2. Medical Treatment

Except in the case of procedures carried out negligently or for the purpose of terminating pregnancy, no criminal liability attaches in respect of destruction or harm caused to a foetus in the course of medical procedures which do not involve risk of destruction or harm disproportionate to the expected benefits and which are applied with the mother's informed consent, to herself or to her foetus for therapeutic or diagnostic purposes.

This exception parallels a similar exception regarding ordinary persons contained in Recommendation 7(3)(a) and clause 44(2)(a) of our proposed new Code and relating to medical treatment understood in a broad sense as including surgery, diagnostic procedures, drug therapy and so on. Without the consent of the patient such treatment clearly qualifies as an assault.

Accordingly, the provision in the proposed new Code allows such treatment as an exception to the rules on crimes of violence, given two conditions. First, the risk of harm must not be disproportionate to the benefits expected. Second, in line with Recommendations 2(3)(d) and 7(3)(a) of Report 31, the provision requires that the patient give informed consent the exact meaning of which is left to be determined by the courts.[103]

As argued earlier, the rules on crimes of violence are inapplicable to the foetus prior to it becoming a person. So too, therefore, is the provision on medical treatment. The foetus will be protected by its own foetus offence provision and will accordingly need its own special exception for medical treatment.

This exception, therefore, is provided by section 2. This section parallels Recommendation 7(3)(a) in its reference to the risk involved. It requires the consent of the mother as well. Of course if she doesn't consent, the treatment involves an assault upon her. That assault, however, may be only trivial as far as concerns her, while the harm done to the foetus may well call for a heavier penalty. The words "no criminal liability attaches" provide an exception to crimes against the foetus where the foetus dies before becoming a person.

3. Lawful Abortion

No criminal liability attaches to a pregnant woman, a qualified medical practitioner or a person acting under such practitioner's supervision, who with the woman's informed consent causes destruction or serious harm to a foetus by terminating her pregnancy as medically authorized:

---

103. This is in line with Recommendation 5 of Report 28, *supra*, note 1, though the Commission may reconsider the definition of informed consent later.

(a) before the foetus is capable of independent survival, to protect her physical or psychological health;

(b) to save the woman's life or to protect her against serious physical injury; or

(c) because the foetus is suffering from a malformation or disability of such severity that medical treatment could be legally withheld upon its birth.

Medical authorization must be given by a qualified medical practitioner. Medical authorization after the foetus has become capable of independent survival must, where practicable, be given by two such practitioners.

[Alternative

No criminal liability attaches to a pregnant woman, a qualified medical practitioner or a person acting under such practitioner's supervision, who with the woman's informed consent causes destruction or serious harm to a foetus by terminating her pregnancy as medically authorized

(a) at any time before the foetus is twelve weeks old;

(b) before the foetus is capable of independent survival, to protect her physical or psychological health;

(c) to save the woman's life or to protect her against serious injury;

(d) because the foetus is suffering from a malformation or disability of such severity that medical treatment could be legally withheld upon its birth.]

This is the lawful abortion section proposed by the majority of the commissioners. It covers destruction and serious harm caused by termination of pregnancy. Such termination will be lawful and will therefore fall outside the foetus offence provision and outside homicide and other crimes of violence if it satisfies three conditions. It must be performed by permitted persons, must be carried out for certain permitted grounds and must be properly authorized.

First, the harm must be caused by one of the three persons referred to in the section. It must be caused by the mother herself, by a doctor or by someone acting under the doctor's supervision. Such a person would include for example a nurse assisting the practitioner.

Second, in line with Recommendations 2(3)(d) and 7(3)(a) of Report 31 (on which see p. 53 above) the woman must give her informed consent to the procedure. In this respect lawful abortions performed to protect the woman's physical or psychological health are in the same category as other surgical operations. The requirement for consent parallels Recommendation 7(3)(a) of *Recodifying Criminal Law* which sets out the general conditions governing lawful medical treatment.

Our reason for this hope is that abortion should in no way be regarded as an easy clinical 'fix' for unwanted pregnancies — a view both ethically unsound and socially undesirable. While arguably a foetus is not entitled to the same legal protection as a live-born person, the process of human procreation is trivialized by equating the foetus with a tumour and abortion with other surgical procedures. Like it or not, abortion destroys a being with the full potential to become a living, breathing person. This distinguishes abortions from other surgical procedures, raises ethical and moral considerations not at issue in other clinical contexts and results in potential psychological complications quite different from those present in most other operations. For these reasons different considerations as to informed consent apply to abortions than to, for instance, appendectomies or hysterectomies.

Next, the section sets out three different grounds. The first relates only to abortions done before viability, the second and third to those done at any time.

The first ground applies only to abortions done before foetal viablity, the time of which is defined in the following section. Since this ground applies in the first stage, during which, in line with the arguments set out in the previous chapter, the foetus is accorded less protection than in the second stage, a lesser maternal interest than that required in the second ground is permitted to outweigh foetal interest in survival. That lesser ground is protection of the mother's physical or psychological health. The danger to her health need not be of the order required by the second ground but must on the other hand have some reality. At the same time, in contrast to section 251 which speaks only in terms of "health," our proposal specifies that the object of protection can be the mother's psychological as well as physical health.

The second ground is termination of the pregnancy to save the woman's life or to protect her against serious physical injury. This is the ground that incorporates the balancing of interest in foetal life and interest in maternal life and comes down, in line with our argument in the previous chapter, in favour of the latter. In line also with the argument advanced there, preference for maternal interests has been extended beyond life itself to cover security of the person.

The third and final ground is that the foetus suffers from a lethal defect or defects. This subsection is included to make explicit provision for lawful abortion by reason of lethal foetal defect, here described as a malformation or disability of such severity that medical treatment could be legally withheld upon its birth. By virtue of our Recommendation 2(3)(d) in Report 31, no one has a legal duty to provide or continue medical treatment which is medically useless. Clearly a foetus subject to a lethal defect like anencephaly (absence of major sections of the brain), for example, will not survive more than a few days after birth yet may not threaten women's lives, safety or health. The existence of these malformations is often not confirmed until late in pregnancy, that is, after the foetus is capable of independent survival. For the law to oblige women to carry such foetuses to term would be cruel as well as pointless. Note that the medical practitioner (or practitioners) authorizing an abortion on this ground would have to affirm that the foetus was suffering from such a defect.

The termination must be duly authorized. It must be authorized by one or two qualified medical practitioners. Before the foetus is capable of independent survival, one practitioner will suffice. After it becomes so capable, two practitioners are required. Note that the practitioner authorizing and the practitioner performing the abortion can be one and the same.

A minority within the majority feels that the proposal does not go far enough and that it should place no restrictions on abortion during the first twelve weeks other than the requirement of medical supervision and that it should therefore include another ground or condition to this effect. This would mean that during this early stage, termination of her pregnancy would be a matter for the woman in question and her doctor only. The period of twelve weeks reflects the fact that a woman will not know that she is pregnant until usually eight weeks after fertilization, that the embryo does not usually become a full foetus until two weeks thereafter and that the woman may well need two further weeks deliberation before deciding whether to continue or to terminate the pregnancy. This minority proposal is contained in the alternative.

Health Care Workers Exempt from Liability on Conscience Grounds

Finally, it should be noted that the proposed section 3 operates only by way of exculpation. It provides an exception to the provisions on crimes of homicide, crimes of violence and the crime of foetal destruction or harm, and ensures that no criminal liability attaches under any of these provisions to performance of lawful abortions. It does not impose liability on doctors, nurses or other health care workers refusing or omitting, on account of moral or religious beliefs, to perform such abortions.

Under the proposed new Code liability for omissions arises only if one of two conditions is fulfilled. By virtue of Recommendation 2(3)(b) such liability arises only if the omission in question is specifically defined as a crime in the Code or in some other federal statute or if it consists in failure to perform a duty specified in 2(3)(c). The only relevant omission defined as a crime in the Code is that of failure to rescue contained in Recommendation 10(2), which in paragraph (a) provides that "everyone commits a crime who, perceiving another person in immediate danger of death or serious harm, does not take reasonable steps to assist him" but then provides in paragraph (b) that "clause 10(2) does not apply where the person cannot take reasonable steps to assist without risk of death or serious harm to himself or another or where he has some other valid reason for not doing so." A doctor refusing on moral grounds to perform an abortion would clearly be able to argue that he had some valid reason under paragraph (b).

The only relevant duty specified in Recommendation 2(3)(c) is that of taking "reasonable steps, where failure to do so endangers life, to:

(i) provide necessaries to
[...]
(D) anyone under his care."

A doctor refusing on moral or religious grounds to perform an abortion when a woman's life is endangered would avoid liability under this section by taking the reasonable step of referring her to another physician.

4. Independent Survival

> **For the purposes of section 3 a foetus is capable of independent survival after it reaches an age of twenty-two weeks as determined by the usual clinical indicators used by the medical profession.**

The term 'viable' as used in medicine is defined as capable of living; especially said of a foetus that has reached such a stage of development that it can live outside the uterus.[104] Whether a prematurely delivered foetus will survive depends greatly on available technology — specialized neo-natal intensive care units offer a far greater chance for survival than a doctor's office, for example. The choice of a twenty-two week standard is justified by the fact that typically the foetus doesn't presently survive such an early delivery.

Effect on Present Law

RECOMMENDATION 11

The effect of our suggested scheme would be to replace all the present *Code* provisions relating to the foetus by the above short Title. The *Code* sections dropped are:

section 206 — definition of human being
section 221 — killing during the act of birth
section 226 — neglecting to obtain assistance in childbirth
section 227 — concealing body of child
section 251 — abortion
section 252 — supply of noxious thing.

The reasons for dropping these six sections are as follows:

Section 206 — Definition of Human Being

The present *Code*'s artificial definition of 'human being' in section 206(1), restricting the term to persons already born instead of applying it in line with ordinary intuitions to the product of human conception, becomes unnecessary given the proposed definition of 'person' in the definition section. Arguably this latter definition also smacks of artificiality. In reply it could be pointed out that common law has long defined "person" in an artificial sense to include corporations. This being so, the

---

104. Definition of 'viable': *Dorland's Illustrated Medical Dictionary*, *supra*, note 38.

proposed definition restricting the term to humans already born does less violence to ordinary language.

The provision in *Criminal Code* sub-section 206(2), preserving the common law position that it is homicide to do an injury to a foetus causing it to die after being born alive, is replaced by the proposal in section 1(2). This alters the law applied in *R. v. Prince* and replaces liability for homicide by liability for destruction of the foetus.

Section 226 — Neglecting to Obtain Assistance during Childbirth

Originally we considered dropping this section entirely. On further reflection we decided that neglect to obtain proper assistance during childbirth merited criminalisation if that neglect were designed to destroy or harm the foetus. Because, by virtue of Report 31 Recommendation 2(3)(b) and clause 6(1), the only criminal omissions are either omissions to perform duties laid down in that recommendation and clause or omissions specifically criminalized, and because the duties referred to above are owed only to persons already born, we created a specific omission crime by adding to the foetus offence the words "or by failing etc."

Sections 221 and 251 — Killing During Birth and Abortion

These two separate provisions become unnecessary given a general foetus offence. Both actions are covered under the new offence unless specifically falling under one of the exceptions to the new proposal. In our view this comprehensive approach better achieves the law's objectives by creating a general foetus offence subject to exceptions rather than proliferating specific crimes with no general underlying thrust.

Section 227 — Concealing Body of Child

This provision also becomes unnecessary. Concealing the dead body of a child will either be for the purpose of concealing the commission of a homicide or crime against the foetus or for some other purpose. If the former, it may be done by the person committing that crime or homicide or by some third party.

Where the purpose is to conceal the commission of a crime and the concealment is effected by the perpetrator of that crime, the latter will in general be charged not with concealment but with the crime in question. Where the concealment is effected by a third party, but for the same purpose, it will be covered under the proposed new code by one of two different sections. It will either be covered by the crime of concealing real evidence (Recommendation 24(3)(b) and draft s.110(b)) or that of obstructing the course of justice (Recommendation 25(11) and draft s. 125).

Where, however, the concealment is not meant to conceal a homicide or foetus crime, then it is best left to laws regulating burial, vital statistics and so forth.

Section 252 — Supply of Noxious Things

This section also is unnecessary given the introduction of a global foetus offence. As observed earlier, if the thing is supplied to help carry out an unlawful abortion, then the supplier is liable under the proposed new code of furthering the crime against the foetus (Recommendation 4(2) and Draft s.28). If the thing is not supplied for an unlawful purpose, then supply should not incur criminal liability.

Issues Respecting Foetus and Embryo Research

The above completes the recommendations for the reform of criminal law as it affects the foetus. Since these recommendations limit themselves to the foetus, defined above on p. 50 as the product of fertilization in the womb, there remain significant questions concerning what the law should say about embryos outside the womb resulting from *in vitro* fertilization. These entities, though technically neither foetuses nor persons according to the definitions accepted here, are nevertheless a form of human life and in most respects similar to a newly conceived foetus. While detailed consideration of the legal and ethical issues regarding the *ex utero* embryo will be given in the Commission's forthcoming working paper on human experimentation, a preliminary discussion of these questions is useful here.

Be it noted that the following discussion applies only to the embryo *ex utero* and not to the foetus *in utero*. The reason is that research on the latter is already adequately dealt with by the proposed foetus provisions. If the research causes no foetal harm, no crime under section 1 is committed. If it causes foetal harm but not harm that is foreseen as probable or seriously possible, then no harm has been committed purposely, recklessly or negligently and again no crime under section 1 is committed. If it constitutes medical treatment, it falls under section 2 and outside the ambit of section 1 and again no crime is committed. Finally, if it causes harm foreseen as probable or seriously possible and does not constitute medical treatment under section 2, then a crime under section 1 has been committed.

We come back to the embryo *ex utero*. In the course of *in vitro* fertilization programmes more embryos are regularly produced than can safely be implanted. The extra embryos can either be simply disposed of or be used for scientific research.

Both alternatives are justifiable. Disposal is clearly acceptable since the embryos are in fact doomed — they can't be safely implanted at present. Experimentation is also surely acceptable on utilitarian grounds — increased knowledge of human life, benefit to childless couples, development of therapy for other afflicted foetuses and embryos. Hence without necessarily accepting as beyond criticism all of the present methods of *in vitro* fertilization programmes, the law should permit embryo disposal and limited research.

We would suggest the following limitations to any research involving the embryo. First, experiments should only be permissible when done with parental consent. With embryos resulting from donor gametes, consent should be given at the time of donation, all relevant information as to the nature and purpose of the research should be given to those required to consent, and such consent ought to be given in writing. Second, research should be limited to embryos up to fourteen days of age measured from conception, there being no L.M.P. in these cases as the embryo was created *in vitro*. This limit is admittedly arbitrary but is in line with a growing international consensus on the time period in which such research should be permitted. Finally, experiments should only be allowed if performed in connection with medical research and not, for example, for commercial purposes.

In addition, certain types of research are so profoundly disrespectful of human life as to suggest a need for prohibition by criminal law. Into this category falls research involving: inter-species fertilization; the creation of identical human beings by cloning; implantation of human embryos in animals or the reverse; ectogenesis (maintaining embryos outside the womb); parthenogenesis (producing embryos without the union of egg and sperm); embryo fusion (combining two or more embryos to create one entity); and attempts to create chimeras. The threat to fundamental social values involved in these experiments seems so self-evident as to call for criminal sanction.

Criminal law, however, can only give a partial response — it is appropriate only for the most serious violations of fundamental values. Research outside that category nevertheless needs further regulation, either in the form of national research guidelines or a statute governing embryo and foetus research. Though the harm involved in failure to comply with such regulations is less serious than the sort of harm sanctioned by criminal law, the conditions under which experiments involving the foetus are performed are clearly of national importance.

In our view all proposals for foetal research *ex utero* should be subject to a process of evaluation and approval before being carried out. The value of the research should be determined by a scientific committee. This judgement should be made by the researcher's peers. It should take into account not only the scientific value of the protocol but also its ethical implications. Such decisions should not be taken by scientists alone but by widely multi-disciplinary research committees with a clear and unambiguous supervisory role to see that both the scientific and ethical characteristics of research are present at all stages and that the rules governing respect for the foetus are strictly followed. The investigation proposed should be scientifically worthwhile (a criterion really forming part of the valid scientific character of the protocol) and impossible to conduct by such other means as research on animals or adult human beings so as to ensure that embryos are not simply used at large for general research.

The research in question should be carried out only in designated research centres and hospitals in the public interest of securing greater ease of supervision and the assurance of high standards of experimental procedures.

As a matter of general principle, participation in research on the embryo should *not* give rise to financial remuneration. Payment covering reasonable expenses, such as transportation costs are acceptable but any other remuneration could well be coercive and should therefore be excluded.

Freezing embryos for future use for scientific and ethical research should be legitimate.[105] Such storage should be limited to a maximum period of five years. After this delay has expired, frozen embryos could either be implanted, destroyed, or used for research (within the limits suggested in this paper) provided all other necessary conditions are present. Consistent with the general prohibition of post-mortem insemination, no embryo should be stored beyond the death of the donors. Meanwhile a national register should be maintained to monitor births and keep adequate records on donor usage while respecting confidentiality, as recommended by a national Canadian committee in 1981.[106]

Suggestions for Further Study

As mentioned previously the Commission is preparing a working paper on human experimentation which will make further recommendations on foetal and embryo research. As a final matter we would like to indicate several other related issues which merit further research:

Surrogate motherhood:

Considering the recent position of the Ontario Law Reform Commission[107] which advocated regulation rather than prohibition the Commission considers this issue to be one requiring further study.

National standards for new reproductive technologies:

Regulation of medical practice falls under provincial jurisdiction. In the absence of uniform, national accreditation procedures and limits of practice for institutions, the possibility of interprovincial "procreative tourism" cannot be ignored and should be seriously examined.

Penalty for supplying false information:

Finally, the sanction for donor concealment or misrepresentation, particularly with regard to familial, medical or genetic disorders requires further study.

---

105. See Canada. Advisory Committee on the Storage and Utilization of Human Sperm, *Report of the Advisory Committee on the Storage and Utilization of Human Sperm to the Minister of National Health and Welfare*, (Ottawa: Health and Welfare Canada, 1981).

106. *Ibid.*

107. Law Reform Commission of Ontario, *Report on Human Artificial Reproduction and Related Matters* (Toronto, 1985).

CHAPTER FIVE

Summary of Recommendations

Reshaping Present Law

1. "Person" in the new Code should be redefined as a corporation, or a human being which has proceeded completely and permanently from its mother's body in a living state and capable of independent survival.

2. There should be no separate provision in the new Code concerning killing in the act of birth.

3. There should be no separate provision in the new Code concerning neglect to obtain assistance during childbirth.

4. There should be no provision in the new Code concerning concealing the body of a child.

5. There should be no provision in the new Code concerning supply of noxious things.

6. There should be a general crime of causing foetal harm or destruction.

7. The general crime of destroying a foetus should not apply to acts done to save the mother's life.

8. The general crime of destroying a foetus should not apply to acts done to protect the mother against serious physical injury.

9. The crime of destroying a foetus should not apply to acts done before the twenty-second week of pregnancy to protect the mother's physical or psychological health *[or to acts done before the twelfth week of pregnancy (alternative)]*.

Proposed New Legislation

10. The following provisions should be enacted:

Definitions

> **"person" means a corporation, or a human being which has proceeded completely and permanently from its mother's body in a living state and capable of independent survival.**

For the purpose of this Title "foetus" means the product of a union in the womb of human sperm cells and egg cells at all stages of its life prior to becoming a person.

A New Foetus Title

1. Foetal Destruction or Harm

(1) Everyone commits a crime who

(a) purposely, recklessly or negligently causes destruction or serious harm to a foetus; or

(b) being a pregnant woman, purposely causes destruction or serious harm to her foetus by any act or by failing to make reasonable provision for assistance in respect of her delivery.

(2) Section 1 applies even though the destruction or harm results after the foetus becomes a person.

Exceptions

2. Medical Treatment

Except in the case of procedures carried out negligently or for the purpose of terminating pregnancy, no criminal liability attaches in respect of destruction or harm caused to a foetus in the course of medical procedures which do not involve risk of destruction or harm disproportionate to the expected benefits and which are applied with the mother's informed consent to herself or to her foetus for therapeutic or diagnostic purposes.

3. Lawful Abortion

No criminal liability attaches to a pregnant woman, a qualified medical practitioner or a person acting under such practitioner's supervision, who with the woman's informed consent causes destruction or serious harm to a foetus by terminating her pregnancy as medically authorized

(a) before the foetus is capable of independent survival, to protect her physical or psychological health;

(b) to save the woman's life or to protect her against serious physical injury; or

(c) because the foetus is suffering from a malformation or disability of such severity that medical treatment could be legally withheld upon its birth.

Medical authorization must be given by a qualified medical practitioner. Medical authorization after the foetus has become capable of independent survival must, where practicable, be given by two such practitioners.

[Alternative

No criminal liability attaches to a pregnant woman, a qualified medical practitioner or a person acting under such practitioner's supervision, who with the woman's informed consent causes destruction or serious harm to a foetus by terminating her pregnancy as medically authorized

(a) at any time before the foetus is twelve weeks old;

(b) before the foetus is capable of independent survival, to protect the woman's physical or psychological health;

(c) to save the woman's life or to protect her against serious injury;

(d) because the foetus is suffering from a malformation or disability of such severity that medical treatment could be legally withheld upon its birth.]

4. Independent Survival

For the purposes of section 3 a foetus is capable of independent survival after it reaches an age of twenty-two weeks as determined by the usual clinical indicators used by the medical profession.

Effect on Present Law

11. The effect of our suggested scheme would be to replace all the present *Code* provisions relating to the foetus by the above short Title. The *Code* sections dropped:

section 206 — definition of human being
section 221 — killing during the act of birth
section 226 — neglecting to obtain assistance in childbirth
section 227 — concealing body of child
section 251 — abortion
section 252 — supply of noxious thing.

APPENDIX A

Abortion in Selected Countries

The following two tables give the indications and procedures for obtaining abortions in a number of Westernized countries. These countries were selected to illustrate a range of jurisdictional difference regarding availability, conditions and time limitations.

The trend over the past decades has been the gradual liberalization of abortion laws. However, many countries may limit the indications for abortion depending on the stage of pregnancy. The authorization procedure may also vary according to the stage of pregnancy or the grounds for the abortion.

Indications for abortion have expanded beyond the traditional categories of physical or mental health or foetal abnormality in several countries. Age (under 17 or over 40) is a specific indication for abortion in Finland. Italy recognizes family circumstances, while France and the Netherlands permit a woman's distress over her pregnancy to be an indication for an abortion (noted in the "mental health" category).

One indication for abortion listed in Table 1 is "socio-economic grounds." This column refers to legislation which takes into account a woman's social or economic situation in assessing a request for abortion. The precise definition of this term varies from country to country. Denmark's legislation, for example, assesses the impact of the pregnancy and care of the child on the interest of the woman, the management of her household and the care of her other children. Finland's legislation examines the strain on the woman in view of her living conditions and that of her family. Norway's legislation considers the woman's assessment of her own situation.

In most of the countries canvassed, the woman's consent alone is sufficient, but Turkey requires spousal consent as well. Finland may permit the father to express an opinion. If the woman is a minor, she may need the consent of her parent or guardian. Italy and Denmark qualify parental/guardian consent by permitting this requirement to be waived in certain circumstances. Counselling may also be required or suggested.

Since 1983, the abortion debate in the United States has centred around the landmark decision of *Roe* v. *Wade*[1]. The Supreme Court held that the Fourteenth Amendment guaranteed the right of privacy, which included a woman's right to terminate her pregnancy. During the first trimester, the decision to terminate a

---

1. 410 U.S. 113 (1973).

pregnancy rests with the woman and the medical judgement of her physician. The state may only regulate abortion procedures in the second trimester in ways that are reasonably related to maternal health. Abortion may be regulated or proscribed during the stage subsequent to viability to promote the state's "compelling interest" in preserving the potentiality of human life, except if the woman's life or health is endangered.

Several state regulations regarding abortion have been ruled unconstitutional. These include: requirements that all second trimester abortions must be performed in hospitals[2], detailed informed consent provisions[3], spousal vetoes[4] and a twenty-four hour waiting period[5], because they infringe upon a woman's right of privacy by attempting to harrass or influence a woman's choice, or to inhibit access to abortion. A requirement that a second physician be present during an abortion performed after viability[6] was held to be unconstitutional because it could not provide for the necessities of emergency situations. This implies that a provision which included an emergency clause may be constitutional as furthering the state's interest of preserving life during the last trimester.

Note: Pregnancy is usually calculated from the first day of the woman's menstrual cycle, but in rare instances, such as in France, pregnancy is calculated from the date of conception.

---

2. *City of Akron* v. *Akron Center for Reproductive Health Inc.* 103 5. Ct. 2481 (1983).

3. *Thornburgh* v. *American College of Obstetricians and Gynecologists et al.* 106 S.Ct. 2169 (1986).

4. *Planned Parenthood of Central Missouri* v. *Danforth* 428 U.S. 52 (1976).

5. *City of Akron, supra,* note 2.

6. *Thornburgh, supra,* note 3.

TABLE I: GROUNDS ON WHICH ABORTION IS LEGAL

COUNTRY	RISK TO LIFE	HEALTH	MENTAL HEALTH	EUGENIC (foetal deformity)	JURIDICAL rape/incest	SOCIO-ECONOMIC	ON REQUEST
AUSTRIA	X	X	X	X			X (up to 12 weeks)
BELGIUM	X						
DENMARK	X	X	X	X	X	X	X (up to 12 weeks)
FINLAND	X	X	X (up to 12 weeks)	X (up to 24 weeks)	X (up to 12 weeks)	X (up to 12 weeks)	
FRANCE	X	X	X (up to 10 weeks)	X			
GERMAN FEDERAL REPUBLIC	X	X	X (up to 12 weeks)	X (up to 22 weeks)	X (up to 12 weeks)	X (up to 12 weeks)	
ITALY	X	X	X	X	X (up to 90 days)	X (up to 90 days)	
THE NETHERLANDS	X		X (prior to viability of foetus)				
NEW ZEALAND	X	X	X	X (up to 20 weeks)	X (up to 20 weeks)		

X = Grounds permissible throughout pregnancy, unless otherwise indicated.

TABLE I: GROUNDS ON WHICH ABORTION IS LEGAL (Cont'd)

COUNTRY	RISK TO LIFE	HEALTH	MENTAL HEALTH	EUGENIC (foetal deformity)	JURIDICAL rape/incest	SOCIO-ECONOMIC	ON REQUEST
NORWAY	X	X (up to 18 weeks)	X (up to 18 weeks)	X (Permissible any time if the foetus will not be viable at birth)	X (up to 18 weeks)	X (up to 18 weeks)	X (up to 12 weeks)
NORTHERN IRELAND	X	X	X				
PORTUGAL	X	X (up to 12 weeks)	X (up to 12 weeks)	X (up to 16 weeks)	X (up to 12 weeks)		
SPAIN	X	X	X	X (up to 22 weeks)	X (up to 22 weeks)		
SWEDEN	X	X	X				X (up to 18 weeks)
SWITZERLAND	X	X					
TURKEY	X			X			X (up to 10 weeks)
UK (except Northern Ireland)	X	X (up to 28 weeks)	X (up to 28 weeks)	X (up to 28 weeks)		X (up to 28 weeks)	

X = Grounds permissible throughout pregnancy, unless otherwise indicated.

TABLE II: PROVISIONS FOR PERFORMANCE OF ABORTION

COUNTRY	SPECIFIED INSTITUTIONS	CONSENT	COUNSELLING PROVISIONS	REFLECTION PERIOD	APPROVAL PROCEDURES	PROVISIONS FOR WRITTEN RECORDS
AUSTRIA		• Pregnant woman	First trimester abortion not punishable if counselling provided by physician.			
DENMARK	State or communal hospital, or clinic attached to hospital	• Pregnant woman • Under 18 or incompetent: person exercising parental authority or guardian (may be waived by Commission)	Informed of possibility of counselling		• No authorization during first 12 weeks • No authorization after 12 weeks if woman's life threatened or deterioration of physical/mental health • Committee authorization after 12 weeks in cases of rape, incest or foetal deformity • Committee composed of 3 people: staff member of social welfare centre trained in law or social work and 2 physicians	
FINLAND	Hospital approved for purpose by state medical board (except in emergency cases)	• Pregnant woman • Father can state opinion			• Authorization of 2 physicians in cases of: danger to life, physical or mental health of woman, socio-economic reasons or rape • Authorization of performing physician if woman over 40 or under 17 years of age • Authorization of State Medical Board if foetal defect	Written opinion of physicians authorizating procedure required stating grounds

TABLE II: PROVISIONS FOR PERFORMANCE OF ABORTION *(Continued)*

COUNTRY	SPECIFIED INSTITUTIONS	CONSENT	COUNSELLING PROVISIONS	REFLECTION PERIOD	APPROVAL PROCEDURES	PROVISIONS FOR WRITTEN RECORDS
FRANCE	Public or private Hospital Establishments	• Pregnant woman • Unmarried minor: person exercising parental authority	• Physician must inform woman of medical risks, and provide a list of counselling centres • Woman needs written certificate that she received counselling	7 days	• Before 10 weeks of pregnancy, a woman in a situation of distress must consult a physician, receive counselling, and may have the abortion 7 days after consultation • 2 physicians must certify that the woman's health is seriously endangered, or that there is a foetal abnormality for an abortion to be performed at any stage of pregnancy. One of the physicians must practice at a public or private hospital establishment	Notification of abortion sent to regional medical inspector of health by physician. No mention of woman's name
GERMAN FEDERAL REPUBLIC	Hospital or establishment authorized for such purpose	• Pregnant woman	Physician advises; woman consults counsellor at least 32 days before operation			Written confirmation of grounds by a physician not performing the abortion
ITALY	• Department of Obstetrics and Gynaecology of a general hospital, or specialized hospital • Nursing homes can perform abortions during the first 90 days of pregnancy	• Pregnant woman • Under 18: parent/ guardian unless impossible or inadvisable to obtain consent during the first 90 days of pregnancy	• Counselling especially if grounds for abortion are socio-economic or familial • Father present if woman consents	7 days	• Woman applies for abortion to public counselling centre, medicosocial agency or physician of her choice • After 7 days woman reports to authorized establishment for abortion	• Hospital/nursing home must report to provincial medical officer • Woman's name not mentioned

TABLE II: PROVISIONS FOR PERFORMANCE OF ABORTION (*Continued*)

COUNTRY	SPECIFIED INSTITUTIONS	CONSENT	COUNSELLING PROVISIONS	REFLECTION PERIOD	APPROVAL PROCEDURES	PROVISIONS FOR WRITTEN RECORDS
THE NETHERLANDS	Hospital or clinic licensed by the Minister of Health and Environmental Protection	• Pregnant woman		6 days	Woman consults physician and must reflect for a further 6 day period	Once a month the physician informs the chief physician of number of abortions and age of the women
NEW ZEALAND	Licensed Institution	• Pregnant woman			2 certifying consultants, one must be an obstetrician/gynaecologist	
NORWAY	• Hospital or approved institution • Before 12 weeks of pregnancy: nursing home or health center	• Pregnant woman • Under 16 or mentally retarded: parent/guardian can express opinion	Entitled to counselling		• Before 12 weeks: woman decides herself. Application submitted to physician • After 12 weeks: application submitted to physician or committee composed of 2 physicians • Woman can appear before Committee and express views	Physician, in consultation with the woman, writes grounds for abortion. Hospitals must submit quarterly reports to county medical officer.
PORTUGAL	Official or officially approved health establishment	• Woman must sign consent form at least 3 days before surgery; • Under 16 or incompetent: (order of priority): husband, legal representative ascendant or descendant, collateral relative			Second opinion required from another doctor regarding valid grounds for abortion	Written medical certificate required listing grounds for abortion

TABLE II: PROVISIONS FOR PERFORMANCE OF ABORTION (*Continued*)

COUNTRY	SPECIFIED INSTITUTIONS	CONSENT	COUNSELLING PROVISIONS	REFLECTION PERIOD	APPROVAL PROCEDURES	PROVISIONS FOR WRITTEN RECORDS
SPAIN	Accredited private health centres or public health centres	• Pregnant woman	Woman informed of medical, psychological and social consequences of continuing or terminating pregnancy		• Threat to woman's life, physical or mental health: physician in corresponding speciality can approve • Foetal abnormality: 2 medical specialists of accredited public or privatre health centre	Public or private centres required to keep case history, assessment and consent forms
SWEDEN	General hospital or institution approved by National Board of Health & Welfare	• Pregnant woman	Consultation with social worker after 12 weeks		• During first 12 weeks: woman consults a physician; • After 18 weeks: approval needed from National Board of Health and Welfare	
SWITZERLAND		• Pregnant woman			Second medical opinion required	Physician must advise competent authority of the canton within twenty-four hours of the abortion
TURKEY		• Pregnant woman • if married: spouse • minor: parent • under legal guardianship: legal guardian and justice of the peace			• No authorization needed under 10 weeks • After 10 weeks: in case of foetal abnormality an obstetrician/ gynaecologist and a specialist in a related field must confirm in writing • In emergency, physician can decide alone, but must report to Directorate of Health and Welfare	

TABLE II: PROVISIONS FOR PERFORMANCE OF ABORTION (*Continued*)

COUNTRY	SPECIFIED INSTITUTIONS	CONSENT	COUNSELLING PROVISIONS	REFLECTION PERIOD	APPROVAL PROCEDURES	PROVISIONS FOR WRITTEN RECORDS
UNITED KINGDOM	Government hospital or insitution approved by Secretary of State	• Pregnant woman			• Second medical opinion except in emergencies	

The information for the preceding tables was compiled from a variety of sources:

Council of Europe. (Information obtained from the Direction of Legal Affairs).

COOK, R.J. and DICKENS, B.M., "International Development in Abortion Laws: 1977-1988" (1988) 72 *American Journal of Public Health*.

COOK, R.J. and DICKENS, B.M., *Issues in Reproductive Health Law in the Commonwealth* (London: Commonwealth Secretariat, 1986).

INTERNATIONAL DIGEST OF HEALTH LEGISLATION (World Health Organization: Vol. 21 (4) 1970, Vol. 24 (4) 1973, Vol. 25 (3) 1974, Vol. 25 (4) 1974, Vol. 26 (2) 1975, Vol. 27 (1) 1976, Vol. 27 (2) 1976, Vol. 27 (3) 1976, Vol. 29 (2) 1978, Vol. 30 (1) 1979, Vol. 30 (2) 1979, Vol. 30 (4) 1979, Vol. 31 (1) 1980, Vol. 31 (3) 1980, Vol. 32 (3) 1981, Vol. 34 (4) 1983, Vol. 35 (4) 1984, Vol. 38 (2) 1987.

TIETZE, C. and HENSHAW, S.K., *Induced Abortion: A World Review 1986* (New York: The Alan Guttmacher Institute, 1986).

U.K., Hansard, Vol. 124, No. 60 cols 49-51, (December 8, 1987).

LEGISLATIVE SOURCES

Austria: Penal Code SS. 96-98 (Federal Law of January 23, 1974).

Belgium: PENAL CODE SS. 348-353 (1867).

Denmark: Law No. 254 (June 12, 1975); Law No. 350 (June 13, 1973); Order No. 511 (Sept. 17, 1973).

Finland: Law No. 564 amending S.5 of the Law on termination of pregnancy (July 14, 1978); Law No. 239 (March 24, 1970).

France: Decree No. 80-285 for the Implementation of Articles L. 162-8 and L. 162-9 of the Public Health Code
(April 7, 1980); Law 79-1294 (Dec. 31, 1979);
Law No. 75-17 (January 17, 1975).

German Federal Republic: Fifteenth Law of May 18, 1976 to amend the penal law.

Italy: Law 194, SS. 1-22 (May 22, 1978).

The Netherlands: Law on the Termination of Pregnancy (May 1, 1981).

New Zealand: Crimes Amendment Act (December 16, 1977).

Northern Ireland: Offences Against the Person Act SS. 58-59 (1861).

Norway: Law No. 66, SS. 1-14 (June 16, 1978); Regulations for the Implementation of the Law on the Termination of Pregnancy (December 1, 1978).

Portugal: Law No. 6184, SS. 139-141, (May 11, 1984).

Spain: Crown Decree No. 2409/1986 (November 21, 1986); Organic Law No.9 (July 5, 1985).

Sweden: Law No. 595 (June 14, 1974).

Switzerland: Penal Code, Section 2, Arts. 118-120 (Dec. 21, 1937).

Turkey: Population Planning Law, SS. 5-6 (May 24, 1983).

United Kingdom: Abortion Act of 1967; Infant Life (Preservation) Act 1929 (c. 34).

APPENDIX B

Selected Bibliography

Based On Bibliographies Contained Within:

Canada, Committee on the Operation of the Abortion Law. *Report of the Committee on the Operation of the Abortion Law*. Ottawa: Supply and Services Canada, 1977.

GARFIELD, J.L. and P. HENNESSEY. *Abortion: Moral and Legal Perspectives*. Amherst: The University of Massachusetts Press, 1984.

The Hastings Center's Bibliography of Ethics, Biomedicine and Professional Responsibility. Frederick, Md.: University Publications of America, 1984.

TIETZE, C. and S.K. HENSHAW. *Induced Abortion: A World Review 1986*. 6th ed. New York: The Alan Guttmacher Institute, 1986.

ADAMS, D. *Therapeutic Abortion: An Annotated Bibliography*. Hamilton: McMaster University Medical Center, 1973.

ANNAS, G.J. "The Supreme Court and Abortion: The Irrelevance of Medical Judgement" (1980) 10 *Hastings Center Report* 23.

BACKHOUSE, C.B. "Involuntary Motherhood: Abortion, Birth Control and the Law in Nineteenth Century Canada" (1983) 3 *Windsor Yearbook of Access to Justice* 61.

BACON H. "Psychiatric Aspects of Therapeutic Abortion" (1969) 17 *Canada's Mental Health* 18.

BALAKRISHNAN, T.R. et al. *Fertility in a Canadian Metropolis*. Montreal and London: McGill-Queen's University Press, 1975.

BASSEN, P. "Present Stakes and Future Prospects: The Status of Early Abortion" (1982) 11 *Philosophy and Public Affairs* 314.

BATCHELOR, E. Jr., ed. *Abortion: The Moral Issues*. New York: Pilgrim Press, 1982.

BAUDOUIN, J.-L., C. LABRUSSE-RIOU *Produire l'homme de quel droit : Étude juridique et éthique des procréations artificielles*. Paris : Presses Universitaires de France, 1987.

BECKER, L.C. "Human Being: The Boundaries of the Concept" (1975) 4 *Philosophy and Public Affairs* 334.

BELL, L. et al. "Contraceptive Knowledge Among Undergraduates at a Canadian University" (1976) 124 *American Journal of Obstetrics and Gynecology* 499.

BENDA, E. "Impact of Constitutional Law on the Protection of Unborn Human Life: Some Comparative Remarks" (1977) 6 *Human Rights* 223.

BENSHOOF, J. "Mobilizing for Abortion Rights" (1977) 4 *Civil Liberties Review* 76.

BINET, L. "La maternité instituée comme phénomène social et politique" (1986) 1:2 *Canadian Journal of Women and the Law* 313.

BLACK, E.F.E. "Abortion and Sterilization" (1961) 33 *Manitoba Bar News* 33.

BLAKE, J. "Abortion and Public Opinion: The 1960-1970 Decade" (1971) 71 *Science* 540.

BOGG, R. *Therapeutic Abortion at the University of Alberta Hospital: A Sociological Analysis*. Muncie, Indiana: Ball State University, 1973.

BOK, S. "Ethical Problems of Abortion" in T.A. Shannon, ed., *Bioethics*, 3rd ed. New Jersey: Paulist Press, 1987.

BOWES, W.A. and B. SELGESTAD. "Fetal Versus Material Rights: Medical and Legal Perspectives" (1981) 58 *Obstetrics and Gynecology* 209.

BOYCE, R.M. and R.W. OSBORN. "Therapeutic Abortion in a Canadian City" (1970) 103 *Canadian Medical Association Journal* 310.

BOYDELL, C.L. and C.F. GRINDSTAFF. "Public Attitudes Towards Legal Sanctions for Drug and Abortion Offences" (1971) 13 *Canadian Journal of Criminology and Corrections* 208.

British Columbia, Royal Commission on Family and Children's Law 12th Report. *The Medical Consent of Minors*. August, 1974.

BRODY, B.A. *Abortion and the Sanctity of Human Life: A Philosophical View*. Cambridge, Massachusetts: MIT Press, 1975.

BRODY, H. et al. "Therapeutic Abortion: A Prospective Study" (1971) 109 *American Journal of Obstetrics and Gynecology* 347.

BROWN, J.H. "Right to Abortion Remains Unstable" (casenote) *Thornburgh* v. *American College of Obstetricians and Gynecologists* 106 S.Ct. 2169 (1986), (1987) 21 *Suffolk University Law Review* 877.

BUTLER, J.D. and D.F. WALBERT, eds. *Abortion, Society and the Law*. 3rd ed. New York: Facts on File Publications, 1986.

CALLAHAN, D. *Abortion: Law, Choice and Morality*. New York: MacMillan, 1970.

CALLAHAN, S. and D. CALLAHAN. "Breaking Through the Stereotypes" in T.A. Shannon, ed., *Bioethics*. 3rd ed. New Jersey: Paulist Press, 1987.

CAMPBELL, T. "Abortion Law in Canada: A Need for Reform" (1977) 42 *Saskatchewan Law Review* 221.

CANADA, COMMITTEE ON THE OPERATION OF THE ABORTION LAW. *Report of the Committee on the Operation of the Abortion Law* (The Badgley Report). Ottawa: Supply and Services Canada, 1977.

CANADA, DEPARTMENT OF NATIONAL HEALTH AND WELFARE, FAMILY PLANNING DIVISION. *National Conference on Family Planning 1972*. Ottawa, 1974.

CANADA, DEPARTMENT OF NATIONAL HEALTH AND WELFARE, HEALTH PROGRAMS BRANCH. *Pilot Survey of Hospital Therapeutic Abortion Committees, British Columbia, 1971-1972*. Ottawa, 1974.

CANADA, DEPARTMENT OF NATIONAL HEALTH AND WELFARE, RESEARCH AND STATISTICS DIRECTORATE. *Review of Abortion Legislation and Experience in Selected Countries*. Ottawa, 1970.

CANADA, STATISTICS CANADA. *Therapeutic Abortions 1985*. Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1986.

CANADIAN BROADCASTING CORPORATION, RESEARCH DEPARTMENT. *Public Opinion in Canada on Certain Aspects of the Law Relating to Abortion: A Fact-Finding Survey 1970*. Ottawa, 1971.

CATHOLIC HOSPITAL ASSOCIATION OF CANADA. *Survey of Medico-Moral Committees Established in Catholic Hospitals Across Canada*. Ottawa, 1972.

CHERVENAK, F.A. et al. "When is Termination of Pregnancy During the Third Trimester Morally Justifiable?" (1984) 310:8 *New England Journal of Medicine* 301.

CHEUNG, K.W. "The Abortion Decision — A Qualified Constitutional Right in the United States: Whither Canada?" (1973) 51 *Canadian Bar Review* 643.

CHURCHILL, L.R. and J.J. SIMAN. "Abortion and the Rhetoric of Individual Rights: Why the Abortion Debate is Sterile. (1982) 12:1 *Hastings Center Report* 9.

COHEN, M. et al. *Survey of Hospital Abortion Committees in Canada*. Toronto: Doctors for Repeal of the Abortion Law, 1975.

COHEN, M., ed. *Rights and Wrongs of Abortion*. Philosophy and Public Affairs Reader, Princeton: Princeton University Press, 1974.

COLLINS, A. L'Avortement au Canada : l'inéluctable question. Montréal : Éditions du Remue-ménage, 1987.

COLLINS, L.D. "The Legal Aspects of Abortion" (1975) 66 *Canadian Journal of Public Health* 234.

CONNERY, J.R. *Abortion: The Development of the Roman Catholic Perspective*. Chicago: Loyola University Press, 1977.

CONSEIL DES AFFAIRES SOCIALES ET DE LA FAMILLE. *Dossier sur l'avortement*. Québec : l'Éditeur officiel du Québec, 1973.

COOK, R.J. and B.M. DICKENS. "Abortion Laws in Commonwealth Countries" (1979) 30 *International Digest of Health Legislation* 395.

COOK, R.J. and B.M. DICKENS. *Issues in Reproductive Health Law in the Commonwealth*. London: Commonwealth Secretariat Publications, 1986.

COOK, R.J. and P. SENANAYAKE, eds. *The Human Problem of Abortion*. London: International Planned Parenthood Federation, Ad Hoc Expert Panel on Abortion, 1979.

CRAVEN, J.B. Jr. "Personhood: The Right to be let Alone" [1976] *Duke Law Journal* 699.

CRÉPEAU, P.-A. "Le Consentement du mineur en matière de soins et traitements médicaux ou chirurgicaux selon le droit civil canadien" (1974) 52 *Canadian Bar Review* 247.

CURRY, R.E. "Demise of the Trimester Standard?" (casenote) *City of Akron* v. *Akron Center for Reproductive Health Inc.* 103 S.Ct. 2481 (1983), (1984) 23 *Journal of Family Law* 267.

DALEY, T.T. "The Rights of the Unborn — A CAS Looks at Abortion" (1972) 48:3 *Canadian Welfare* 19.

DELEURY, E. "Une perspective nouvelle : le sujet reconnu comme objet de droit" (1972) 13 *Cahiers de Droit* 529.

DESTRO, R.A. "Abortion and the Constitution: The Need for a Life Protective Amendment." (1975) 63 *California Law Review* 1250.

DE VALK, A. ed. *Abortion Politics in Canada: Several Arguments*. Saskatoon: The Chelsea Bulletin, 1971.

DE VALK, A. *Morality and Law in Canadian Politics: The Abortion Controversy*. Montreal: Palm Publishers, 1974.

DE VEBER, L.L. "Point of View: Canadian Physicians for Life and the Abortion Issue" (1975) 46 *University of Western Ontario Medical Journal* 5.

DICKENS, B.M. "Abortion: Definitions and Implications" (1981) 124 *Canadian Medical Association Journal* 113.

DUMONT, M. "L'abolition du crime d'avortement dans la perspective de la réforme du droit criminel" (1980-81) 15 *Revue juridique Thémis* 149.

ELFORD, R.W. "Therapeutic Abortion" (1971) 105 *Canadian Medical Association Journal* 638.

ENGELHARDT, H.T. Jr. "Bioethics and the Process of Embodiment" (1975) 18 *Perspectives in Biology and Medicine* 486.

ENGELHARDT, H.T. Jr. "Viability and the Use of the Fetus" in W. Bondeson et al. eds. *Abortion and the Status of the Fetus*. Holland: D. Reidel Publishing, 1983.

EVANS, J. "Tooley and Finnis on Abortion: Two Radically Opposing Views" (1983) 10 *New Zealand Universities Law Review* 261.

FAGOT A. "Les droits de l'embryon humain et la notion de personne humaine potentielle" (1987) *Revue de métaphysique et de morale* 361.

FAUX, M. *Roe v. Wade: The Untold Story of the Landmark Supreme Court Decision that Made Abortion Legal*. New York: Macmillan, 1988.

FEINBERG, J., ed. *The Problem of Abortion*. Belmont, California: Wadsworth Publishing, 1973.

FEINBERG, J., ed. *Offence to Others*. New York: Oxford University Press, 1985.

FERREIRA, J.G. "The Human Life Bill: Personhood Revisited or Congress Takes Aim at *Roe* v. *Wade*" (1982) 10 *Hofstra Law Review* 1269.

FLETCHER, J.C. "The Fetus As Patient: Ethical Issues" (1981) 246 *Journal of the American Medical Association* 772.

FOST, N. et al. "The Limited Moral Significance of 'Fetal Viability'" (1980) 10:6 *Hastings Center Report* 10.

FRANKOWSKI, S.J. and G.F. COLE, eds. *Abortion and Protection of the Human Fetus: Legal Problems in a Cross-Cultural Perspective*. Dordrecht, Netherlands: Martinus Nijhoff Publishers, 1987.

GALLAGHER, J. "Fetal Personhood and Women's Policy" in Sapiro, V., ed. *Women, Biology, and Public Policy*. Beverly Hills, California: Sage Publications, 1985.

GARFIELD, J.L. and P. HENNESSEY, eds. *Abortion: Moral and Legal Perspectives*. Amherst: University of Massachusetts Press, 1984.

GAVIGAN, S.A.M. "On 'Bringing on the Menses': The Criminal Liability of Women and the Therapeutic Exception in Canadian Abortion Law" (1986) 1:2 *Canadian Journal of Women and the Law* 279.

GEEKIE, D.A. "Abortion: A Review of CMA Policy and Positions" (1974) 111 *Canadian Medical Association Journal* 1.

GILLESPIE, N.C. "Abortion and Human Rights" (1977) 87 *Ethics* 237.

GINSBURG, R.B. "Some Thoughts on Autonomy and Equality in Relation to *Roe* v. *Wade*" (1985) 63 *North Carolina Law Review* 375.

GLENDON, M.A. *Abortion and Divorce in Western Law*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1987.

GOODE, P.T. *Abortion Bibliography for 1985*. Troy, New York: The Whitston Publishing Company, 1988.

GOODMAN, M.F., ed. *"What is a Person"*. Clifton, New Jersey: Humana Press, 1988.

GRADY, K.J. "The Value of Life" (casenote) *Thornburgh* v. *American College of Obstetricians and Gynecologists* 106 S.Ct. 2169 (1986), (1987) 10 *Hamline Law Review* 623.

GRANFIELD, D. *The Abortion Decision*. Garden City, New York: Doubleday, 1969.

GRAY, C.B. "The Notion of Person for Medical Law" (1980-81) 11 *Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke* 341.

GRISEZ, G. *Abortion: The Myths, the Realities, and the Arguments*. New York Corpus Books, 1970.

HALL, R.E., ed. *Abortion in a Changing World*. New York: Columbia University Press, 1970.

HARE, R.M. "Abortion and The Golden Rule" (1975) 4 *Philosophy and Public Affairs* 201.

HARNOIS, L. *Rapport de recherche sur l'avortement au Québec*. Le Regroupement des Centres de Santé de femmes du Quebec, 1987.

HARRISON, C.P. "Abortion and the Law" (1968) 98 *Canadian Medical Association Journal* 973.

HARRISON, C.P. "The Doctor and The Patient Under Legalized Abortion" (1967) 97 *Canadian Medical Association Journal* 249.

Hastings Center's Bibliography of Ethics: Biomedicine and Professional Responsibility. Frederick, Maryland: University Publications of America in association with the Hastings Center, 1984.

HEATH, D.S. "Psychiatry and Abortion" (1971) 16 *Canadian Psychiatric Association Journal* 55.

HÉBERT, M. *L'avortement : aspects juridiques*. Ottawa : Revue de Bibliothèque du Parlement, 1987.

HODGSON, J.E., ed. *Abortion and Sterilization: Medical and Social Aspects*. New York: Grune and Stratton, 1981.

HUMBER, J.M. "Abortion, Fetal Research and the Law" (1977) 4 *Social Theory and Practice* 127.

HUNTER, I.A. "Notes and Comments. Trial by Jury: *R.* v. *Morgentaler*" (1986-1987) 29 *Criminal Law Quarterly* 176.

HYDE, H.J. "Overturn *Roe* v. *Wade*: the Value of Human Life" (1988) 74 *American Bar Association Journal* 32.

JOHN, H.J. "Reflections on Autonomy and Abortion" (1986) 17 *Journal of Social Philosophy* 3.

JOHNSEN, D.E. "A New Threat to Pregnant Women's Autonomy" (1987) 17:4 *Hasting Center Report* 33.

JOHNSEN, D.E. "The Creation of Fetal Rights; Conflicts with Women's Constitutional Rights to Liberty, Privacy, and Equal Protection" (1986) 95 *Yale Law Journal* 599.

JONES, C.J. "Abortion and the Consideration of Fundamental, Irreconcilable Interests" (1982) 33 *Syracuse Law Review* 565.

KASS, L.R. "Determining Death and Viability in Fetuses and Abortuses" (1977) 2:2 *Bioethics Digest* 1.

KING, P. "The Juridical Status of the Fetus: A Proposal for the Legal Protection of the Unborn" (1979) 77 *Michigan Law Review* 1647.

KLUGE, E.-H.W. "The Right to Life of Potential Persons" (1976-1977) 3 *Dalhousie Law Journal* 837.

KNOPPERS, B.M. *Conception artificielle et responsabilité médicale : une étude de droit commun* Cowansville, Québec : Éditions Yvon Blais, 1986.

KNOPPERS, B.M. "Modern Birth Technology and Human Rights" (1985) 33 *The American Journal of Comparative Law* 1.

KNOPPERS, B.M. "Reproductive Technology and International Mechanisms of Protection of the Human Person" (1987) 32 *McGill Law Journal* 336.

KOOP, C.E. "The Right to Life" (1975) 1 *Human Life Review* 65.

KOURI, R.P. "Réflexions sur le statut juridique du foetus" (1980-81) 15 *Revue Juridique Thémis* 193.

KREMER, E.J. and E.A. SYNAN, eds. *Death Before Birth: Canada and the Abortion Question*. Toronto: Griffin House, 1974.

KRIMMEL, H. and M. TOOLEY. "Abortion: An Inspection into the Nature of Human Life and Potential Consequences of Legalizing Its Destruction" (1977) 46 *Cincinnati Law Review* 725.

LENOW, J.L. "The Fetus as a Patient: Emerging Rights as a Person?" (1983) 9 *American Journal of Law and Medicine* 1.

LONG, L. "The Abortion Issue: An Overview" (1985) 23 *Alberta Law Review* 453.

MACKLIN, R. "Personhood in Bioethics Literature" (1983) 61:1 *Milbank Memorial Quarterly* 35.

MAGUIRE, M.R. "Personhood, Covenant and Abortion" (1984) *The Annual of the Society of Christian Ethics* 117.

MAHLER, H. "The Safe Motherhood Initiative: A Call to Action" (March 21, 1987) *The Lancet* 668.

MANIER, E. et al. *Abortion: New Directions For Policy Studies*. Notre Dame, Indiana: University of Notre Dame Press, 1978.

MARTIN, S.L. "Canada's Abortion Law and the Canadian Charter of Rights and Freedoms" (1986) 1:2 *Canadian Journal of Women and the Law* 339.

MARTIN, S.L. "The Reluctance of the Judiciary to Balance Competing Interests: *R.* v. *Morgentaler* in the Ontario Court of Appeal" (1986) 1:2 *Canadian Journal of Women and the Law* 537.

MAYRAND, A. *L'inviolabilité de la personne humaine*. Wainwright Lectures, Montreal: Wilson and Lafleur, 1975.

MCDONNELL, K. *Not an Easy Choice: A Feminist Re-Examines Abortion*. Toronto: Women's Press, 1984.

MCNAMARA, E.M. "The Minor's Right to Abortion and the Requirement of Parental Consent" (1974) 60 *Virginia Law Review* 305.

MEYER, F. "La protection juridique de la vie ante natale" (1987) 23:4 *Rev. Drt. Sanit. et Soc.*

MICHELMAN, K. "A Milestone for Women (Overturn *Roe* v. *Wade*?)" (1988) 74:1 *American Bar Association Journal* 33.

MOHR, J.C. *Abortion in America: The Origins and Evolutions of National Policy, 1800-1900*. New York: Oxford University Press, 1978.

MONGEAU, S. "The Abortion Problem" (1971) 39 *McGill Medical Journal* 81.

MOORE, K.L. *The Developing Human: Clinically Oriented Embryology*. 4th ed., Philadelphia: Saunders, 1988.

MORGENTALER, H. "Report on 5,641 Outpatient Abortions by Vacuum Suction Curettage" (1973) 109 *Canadian Medical Association Journal* 1202.

MURPHY, J.S. "Abortion Rights and Fetal Termination" (1986) 17 *Journal of Social Philosophy* 11.

MURRAY, T.H. "Who do Fetal Protection Policies Really Protect?" (1985) *Technology Review* 12.

NATIONAL ASSOCIATION OF WOMEN AND THE LAW, NATIONAL STEERING COMMITTEE, WORKING GROUP ON REPRODUCTIVE ISSUES. *Re Action on Abortion*, February 1988 (not published).

NATIONAL CANADIAN CONFERENCE ON ABORTION. *A Selected Annotated Bibliography on Abortion*. S.N. Wojcichowsky, (ed.,) Toronto: St. Michael's College, 1972.

NELSON, T.A. "Taking Roe to the Limits: Treating Viable Feticide as Murder" (1984) 17 *Indiana Law Review*, 1119.

New Scientist "Embryos to Lipstick?," Oct. 10, 1985, #1477, p. 21.

NICHOLSON, S. "Abortion: On Fetal Indications" in T.A. Shannon,ed., *Bioethics*. 3rd ed. New Jersey: Paulist Press, 1987.

NOONAN, J.T. "Era: Equal Rights for Abortion?" 1984 10:2 *Human Life Review* 29.

NOONAN, J.T., ed. *The Morality of Abortion: Legal and Historical Perspectives*. Cambridge: Harvard University Press, 1970.

Note, "The Trimester Approach: How Long Can the Legal Fiction Last?" (1984) 35 *Mercer Law Review* 891.

"NURSES HAVE RIGHT TO REFUSE TO PERFORM ABORTION — CNA" (1972) 14 *Hospital Administration in Canada* 13.

Ontario, *Report on Therapeutic Abortion Services in Ontario: A Study Commissioned by the Ministry of Health*. Toronto: The Ministry, 1987 (M. Powell, Commissioner).

PETCHESKY, R.P. *Abortion and Woman's Choice: The State, Sexuality, and the Conditions of Reproductive Freedom*. New York: Longman, 1984.

PICHER, P. "The Invalidity of Canada's Abortion Law — Section 251 of the Criminal Code" (1974)24 *Criminal Reports*, New Series, 1.

POSZONYI, J. *A Longitudinal Study of Unmarried Mothers who Kept Their First Born Children*. Ottawa: Department of National Health and Welfare, 1973.

PRATTE, S. *La législation sur l'avortement vue sous l'angle des droits fondamentaux de la personne ou quand deux droits fondamentaux s'affrontent*. Quebec : Université Laval, 1987.

PRICE, D.P.T. "Selective Reduction and Feticide: the Parameters of Abortion" (1988) *Criminal Law Review* 199.

Rapport de la commission d'enquête concernant la fécondation et l'embryologie humaines, Présidente Dame Mary Warnock, Commandeur de l'Ordre de l'Empire Britannique. Paris : La Documentation Française, 1985.

REES, G. "State Protection of the Viable Unborn Child After *Roe* v. *Wade*: How Little, How Late?" (1976) 37 *Louisiana Law Review* 270.

REIDINGER, P. "Will *Roe* v. *Wade* be Overruled?" (1988) 74 *American Bar Association Journal* 66.

RESCH, C. and S.C. ROBINSON. "Therapeutic Abortion: A Multidisciplined Approach to Patient Care from a Social Work Perspective" (1973) 64 *Canadian Journal of Public Health* 254.

RHODEN, N.K. "The New Neonatal Dilemma: Live Births from Late Abortions" (1984) 72 *Georgetown Law Journal* 1451.

RHODEN, N.K. "Trimesters and Technology: Revamping *Roe* v. *Wade* (1986) 95 *Yale Law Journal* 639.

RICE, C.F. "Implications of the Coming Retreat from *Roe* v. *Wade*" (1988) 4 *Journal of Contemporary Health Law and Policy* 1.

RIVET, M. "Esquisse d'un profil de la personne selon le droit" (1980-81) 11 *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke* 417.

RIVET, M. "Le droit à la vie ou 'L'Hominisation' du XXIe siècle : L'Éthique et le droit répondent à la science" in D. TURP and G.A. BEAUDOIN, eds. *Perspectives canadiennes et européenes des droits de la personne*. Cowansville (Québec) : Éditions Yvon Blais, 1986.

RIVET, M. "Quand la médecine intervient dans la genèse de la conception que fait le droit?" (1975) 6 *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke* 199.

ROBERT, J. "Le droit à la vie et le commencement de la vie" in D. Turp, and Beaudoin G.A., eds. *Perspectives canadiennes et européenes des droits de la personne*, Québec : Éditions Yvon Blais Inc., 1984.

ROBERTSON, J. "Embryos, Families, and Procreative Liberty: The Legal Structure of the New Reproduction" (1986) 59 *Southern California Law Review* 939.

RODGERS, S. "Fetal Rights and Maternal Rights: Is there a Conflict" (1986) 1:2 *Canadian Journal of Women and the Law* 456.

ROGERS, J.M. and D.W. ADAMS. "Therapeutic Abortion: A Multidisciplined Approach to Patient Care from Social Work Perspective" (1973) 64 *Canadian Journal of Public Health* 254.

SCHNEIDER, C.E. And M.A. VINOVSKIS, eds. *The Law and Politics of Abortion*. Lexington, Maryland: Lexington Books, 1980.

SEBEK, M. "Towards a Practical Implementation of the Abortion Decision: The Interests of the Physician, the Woman, and the Fetus" (1976) 25 *DePaul Law Review* 676.

SENDOR, B.B. "Medical Responsibility for Fetal Survival under *Roe* v. *Doe*., (1975) 10 *Harvard Civil Rights — Civil Liberties Law Review* 444.

SHANNON, T.A. "Abortion: A Review of Ethical Aspects of Public Policy" in T.A. SHANNON, ed., *Bioethics*. 3rd ed. New Jersey: Paulist Press, 1987.

SHARPE, G.S. *The Law and Medicine in Canada*. 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1987.

SHAW, M.W., and A.E. DOUDERA, eds. *Defining Human Life: Medical, Legal, and Ethical Implications*. Ann Arbor, Michigan: AUPHA Press, 1983.

SHEEHY, E.A. *Autonomie personnelle et droit criminel : quelques questions d'avenir pour les femmes*. Ottawa : Conseil consultatif canadien sur la situation de la femme, 1987.

SHUMIATCHER, M.C. "I Set Before You Life and Death: Abortion, Borowski and the Constitution" (1986-1987) 24 *University of Western Ontario Law Review* 1.

SKEGG, P.D.G. "Consent to Medical Procedures on Minors" (1973) 36 *Modern Law Review* 370.

SMITH, K.D. and H.S. WINEBERG. "A Survey of Therapeutic Abortion Committees" (1970) 12 *Criminal Law Quarterly* 279.

SMITH, S.L. "Canadian Doctors: Victims of the Abortion Laws" (1970) 16 *Canadian Family Physician* 58.

SOMERVILLE, M. "Reflections in Canadian Abortion Law: Evacuation and Destruction — Two Separate Issues" (1981) 31 *University of Toronto Law Journal* 1.

SPIVAK, M. "Therapeutic Abortion — A Twelve Year Review at the Toronto General Hospital, 1954-1965" (1964) 97 *American Journal of Obstetrics and Gynecology* 316.

"STATEMENT OF THE CANADIAN BISHOPS ON ABORTION" (1971) 2 *Canadian Hospital*.

STITH, R. "New Constitutional and Penal Theory in Spanish Abortion Law" (1987) 35 *American Journal of Comparative Law* 513.

STUBBLEFIELD, P. "Symposium on Late Abortion and Technological Advancement of Fetal Viability" (1985) *Family Planning Perspectives* 160.

SUMNER, L.W. *Abortion and Moral Theory*. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 1981.

SZWMSKI, B. *Abortion, Opposing Viewpoints*. St-Paul, Minnesota: Greenhaven Press, 1986.

THOMAS, M. "Moral Obligations to the Not-Yet-Born: The Fetus as Patient" (1987) 14:2 *Clinics in Perinatology* 341.

THOMSON, J.J. "A Defence of Abortion" (1971) 1 *Philosophy and Public Affairs* 47.

TIETZE, C. and S.K. HENSHAW. *Induced Abortion: A World Review 1986*. 6th ed. New York: The Alan Guttmacher Institute, 1986.

TOOLEY, M. "Abortion and Infanticide" (1972) 2 *Philosophy and Public Affairs* 37.

UNITED KINGDOM, COMMITTEE ON THE WORKING OF THE ABORTION ACT. *Report of the Committee on the Working of the Abortion Act*. London, 1974.

WADLINGTON, W. "Minors and Health Care: The Age Of Consent" (1973) 11 *Osgoode Hall Law Journal* 115.

WALLS, S. *La loi sur l'avortement et l'amélioration des services d'avortement*. For the Victoria Caucus of Women and the Law, Ottawa: National Association of Women and the Law, 1982.

WARREN, M.A. "Do Potential People Have Moral Rights?" (1977) 7 *Canadian Journal of Philosophy* 275.

WARREN, M.A. "The Abortion Issue" in D. VanDeVeer, T. Regan, eds., *Health Care Ethics: An Introduction*. Philadelphia: Temple University Press, 1987.

WEILER, K.M. and K. CATTON. "The Unborn Child in Canadian Law" (1976) 14 *Osgoode Hall Law Journal* 643.

WERTHEIMER, R. "Understanding the Abortion Argument" (1971) 1 *Philosophy and Public Affairs* 67.

WILLIAMS, G. *The Sanctity of Life and the Criminal Law*. New York: Alfred A. Knopf, 1974.

WOOD, M.A. and L.B. HAWKINS. "State Regulation of Late Abortion and the Physician's Duty of Care to the Viable Fetus" (1980) 45 *Missouri Law Review* 394.

WREEN, M. "Abortion: The Extreme Liberal Position" (1987) 12 *The Journal of Medicine and Philosophy* 241.

DISSENT

by Joseph Maingot, Q.C., Commissioner

According to my colleagues, present criminal law regarding the human foetus is unsatisfactory and needs reform. Such reform should comprise creation of a new general crime of causing death or serious harm to the human foetus. This general crime, however, should allow exceptions for medical treatment and lawful abortion.

With this view I am partly in agreement. I agree that present law is unsatisfactory, that there should be a general foetus crime and that it should admit of certain exceptions. I regret, however, that I cannot agree fully with the exceptions they propose.[1]

With the first exception, that relating to medical treatment, I agree. With the second, that concerning lawful abortion, I largely disagree. In my opinion abortion should be much more narrowly restricted than they propose.

Many today regard the legalization of abortion as the obvious solution to a pressing social problem. They see that problem as consisting of the fact that many pregnancies are unwanted, that many pregnant women want to terminate them and that the criminal law used to, and might well again prevent them doing so. Accordingly, they wish to keep abortion out of criminal law.

Many would therefore agree with my colleagues' proposal for abortion in three situations. These are where it is performed before the unborn child is capable of survival outside the womb (20 weeks after conception) to protect the mother's physical or psychological 'health' (health is not defined); where it is performed to save the woman's life or to protect her against serious physical harm; and where her unborn child suffers from a 'lethal' defect.

In my view, however, the problem is not the pregnancies themselves but rather their unwantedness. The solution to this problem should be sought not by making abortion more readily available legally and practically speaking. Rather it should be sought by social action to reduce the unwantedness of pregnancies by increasing social

---

1. I am grateful to Associate Dean Gerard A. Ferguson, Faculty of Law, University of Victoria, B.C. for the helpful material he graciously provided and upon which I considerably relied. Dean Ferguson is a former full time consultant with the Law Reform Commission of Canada and is a frequent part time consultant. I have also relied on *The Meaning of Morgentaler*, by Professor Alvin Esau, University of Manitoba, Visiting Scholar, Regent College; *Reflections on Morgentaler*, by Professor H.R.S. Ryan, Faculty of Law, Queen's University, Kingston, Ontario; *A Response to 'Options for Abortion Policy Reform: A Consultation Document'* by Colleen M. Kovacs; and *A Law Against Abortion is not Enough*, by Professor Bela Somfai, Compass, May 1988, 31.

support for parents and especially for single parents, more assistance to day-care programmes for working mothers, and more effective solutions to problems faced by pregnant women in the work-force. Furthermore we need to encourage a change in attitude about pregnancy, parenthood and abortion. In effect we need to change the way the unborn are perceived.

For this reason I agree only partly with my colleagues on these matters. Briefly, I agree that abortion should be available where necessary to save the mother's life or to protect her against serious and substantial danger to her health where there is no other commonly accepted medical procedure for effectively treating this health risk. I would point out, first, that 'health' must be carefully defined and second, that with the current state of medical science and practice such situations arise rarely today. In most cases doctors, true to the spirit of the Hippocratic oath, try to save both of their patients, the mother and her unborn child.

I do not agree that abortion should be lawful in the other two situations. I do not agree that it should be lawful, even before the foetus is capable of survival outside the womb, to perform an abortion simply to protect the mother's physical or psychological health in less than life-threatening situations, particularly where 'health' is not defined. Nor do I agree that it should be lawful to perform abortions because the foetus suffers from a 'lethal' defect which will cause it to die some time after birth.

My disagreement with my colleagues as to the above two situations rests on several grounds. These relate to the nature of the human foetus as we understand it, to the legal context of the problem and to the justification for reform.

I. The Nature of the Human Foetus — The Unborn Child

When we speak of abortion, whether the procedure is called abortion or procuring miscarriage, we are talking about the intentional destruction of the human embryo or the human foetus in the womb, or, any untimely delivery brought about with intent to cause the death of the human foetus. Central, therefore to the present issue is the question: what is the nature of this human embryo or human foetus whose death will be caused by abortion?

Dr. Jerome Lejeune, one of the world's foremost human geneticists tells us that the fusion of a single ovum and a single spermatozoon results in the creation of the first single human cell of a separate and distinct individual. At that moment of conception everything is set: the colour of the eyes, the hair and the skin, the form of the nose and ears, and the strength of the person. "Every quality which makes an individual recognizable, as he will later be called Peter or Margaret or Mary ... are entirely spelled out in its own personal genetic constitution."[2]

2. See M.C. Shumiatcher, "I Set Before You Life and Death," (1987) 24:2 *U.W.O.L.J.* 1 at 7. [Dr. Lejeune discovered the cause of Down's Syndrome was due to an extra chromosome. His research signalled the beginning of the science of human genetics. He is its acknowledged founder.]

Some say the development of personal abilities and capacities can't be found in a specific human cell like the cell containing a person's blue eyes. Yet these capacities are part of the embryo. The development of personal abilities (e.g., self-awareness, choice, creativity) does not come about independently of our organic development. There is no basis in reality to affirm that those capacities are something added at any particular point. Dr. Lejeune states: "If a fertilized egg is not by itself a full human being, it could never become a man, because something would have to be added to it, and we know that does not happen."[3]

Over the last decade, pre-natal medicine has pushed back the point at which a human foetus becomes viable outside the uterus by more than forty days to the twentieth week after conception or earlier. Ultrasound technology gives an image and foetoscopy makes it possible to perceive the human face at an even earlier time in pregnancy. *In vitro* fertilization technology also provides another indication of the essential humanity of foetal life, and the popular tendency to refer to its sensational results as 'test-tube babies' is suggestive. All these facts point to the continuity of intra-uterine life from its beginning.

This continuity of life in the womb becomes more striking when we look at the findings of medicine in scientific and in ordinary terms. Cell division begins within hours of conception, blood cell formation has started after 17 days. Early neural development seems to appear that same day. The heart begins beating about 24 or 25 days following conception. After 33 days the cerebral cortex is recognizable. Forty-five days after conception you can pick up electro-encephalographic waves from the baby's developing brain.

At 45 days the child's body is complete. All the internal organs of the adult are present.[4] The arms, legs, fingers, toes and head are entirely formed and the child is seen to be distinctly human. An ultrasound examination will show the heartbeat and the major parts of the body. The child can be seen moving gracefully within the amniotic sac.

At 56 days or 8 weeks (about the earliest time abortions are performed) the child is a fully functioning human being. All of his or her organs and body systems are in place. They only require maturation, a process that will continue for 13 or 14 years. At eight weeks the child's features are so clear that one can see the creases on the child's open hand. The fingerprints are visible under a microscope. In fact these fingerprints that may later place that person at the scene of a crime are already permanently engraved on the skin. Forever after these may be used to identify the individual. By 11 to 12 weeks nerves and muscles are synchronizing with the young bones so that the arms and legs can make their first movements. From studies at this stage doctors know that the baby is already extremely sensitive to touch, heat, sound, discomfort and pain.

---

3. Dr. Jerome Lejeune before U.S. Senate Committee, 97th Congress, 1st Session 1983, Vol. 1, p. 8.

4. The woman is not even aware that she is pregnant at this time. For a fuller description of early human development see Appeal Books I and II of appellant in *Borowski* v. *A.G. Canada*, 1988.

In my view a human foetus does not become a person, a human being, an individual at some magical point in time like when its heart begins beating, when you can see its fingerprints, quickening, viability or birth, but rather is already a person, a human being and an individual with potential. Genetics and embryology prove the essential humanity of life from its embryonic stage — a humanity that parallels biological growth and needs protection and respect from his or her fellow humans right from the beginning.

II. The Effect of the *Morgentaler* Ruling

Until January 28, 1988, the law of Canada provided that abortion was unlawful unless the continuation of the pregnancy would be likely to endanger the mother's life or health and set out certain procedures that were to be followed. In the *Morgentaler*[5] decision of that day, the Supreme Court of Canada, by a 5-2 majority, found the provisions of that law, section 251 of the *Criminal Code*, to infringe on the right to life, liberty and the security of the person, and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice — rights guaranteed to all, including pregnant women by section 7 of the *Charter*. It refused to find section 251 a reasonable limitation on the infringed right that could be demonstrably justified under section 1 of the *Charter*.

Sections 1 and 7 of the *Charter* read as follows:

1. The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

The purpose of the old law in protecting the human foetus and allowing abortions to be obtained only for 'therapeutic' purposes to protect the health and life of pregnant women has not been declared unconstitutional. What has been declared unconstitutional is most of the procedure used in the old law to attain that purpose.

The case does not tell us what kind of new law as a matter of substantive policy would be constitutionally acceptable. Only the judgement of Justice Wilson contains the opinion that a new law would have to grant full liberty for women during the early stages of pregnancy to choose an abortion without state interference. She suggests, however, that state restrictions on abortion would be permissible in the later stages of the pregnancy. The only other substantive view of what a new law might require is that of Justice Beetz, who, with Estey J., suggests that any new law, as a minimum, cannot be more restrictive than the old one, because women have the constitutional right to

5. [1988] 1 S.C.R. 30.

abortions if life or health is endangered by pregnancy. Neither pronouncement amounts to acceptance of the view that decisions to have abortions must at all stages of pregnancy be left to the pregnant woman and her physician.

The judges in the majority have agreed that protection of the human foetus is a valid purpose of legislation by Parliament under the criminal law power. This finding is a clear invitation to Parliament to legislate on the subject. Such legislation would have to be balanced against the rights of pregnant women under section 7 of the *Charter*. What is not clear, however, is what provisions of the *Charter*, if any, protect the rights of the human foetus.

The main argument regarding abortion relates to section 7 of the *Charter*. Only one of the judges, Justice Wilson, focused on women's alleged right to liberty to choose to end their pregnancy without state interference with that decision. The others in the majority, finding that the abortion law violated this section, focused on the right to security of the person.

The right to security of the person is obviously a limited right and not an absolute one. It can be taken away but only in accordance with the principles of fundamental justice. Even where it is not in accordance with such principles, reasonable limitation of this right can be justified under section 1 of the *Charter*.

That the right to security of the person is breached by a law is thus actually a trivial point in the sense that all criminal law does so. The real issue is whether the law is fundamentally just in doing so. Consider the much quoted statement (often taken out of context) of Chief Justice Dickson: "Forcing a woman, by threat of criminal sanction, to carry a foetus to term unless she meets certain criteria unrelated to her own priorities and aspirations, is a profound interference with a woman's body and thus a violation of security of the person."[6] This statement merely establishes circumstances in which the right to security of the person is breached. It does *not* mean that Chief Justice Dickson is stating that the law is therefore fundamentally unjust in doing so or that we must have abortion on demand. You could just as easily say, "Forcing someone to stay in jail as a result of a determination of guilt for murder is a profound violation of security of the person." This just means that we must make sure that the whole substance and process of arriving at this penalty therefore is in accordance with fundamental justice, not that we must necessarily abolish the crime of murder.

The application of the *Charter* to legislation always involves a two-step process of seeing if a right has been violated and then moving on to the issue of whether the limitation is just and reasonable or not. That a right has been violated is often easy to assert. It is really the analysis of the limitation that is important. Only unjust and unreasonable limitations can be declared unconstitutional under the *Charter*.

The old abortion law contained a set of standards which exempted women and doctors from criminal liability for undergoing or performing what was defined as

---

6. *Ibid.*, at 56.

'therapeutic' abortions. It was the complex and restrictive procedures in the law to meet that standard which were held to violate the security of the person. These procedures were found so manifestly unfair as to violate principles of fundamental justice. The violation could not be salvaged by section 1 of the *Charter*.

What may Parliament do?

One claim is that the *Morgentaler* decision prevents Parliament from enacting a law prohibiting abortions for any reason in the early stages of pregnancy. In other words, it is claimed that all that Parliament can do is to take a gestational approach (i.e. no prohibition against abortion for the first third or half of a pregnancy). That is not what the decision says. If Parliament takes a gestational approach, it will be because it wants to; it will not be because the *Morgentaler* decision requires it to.

The balancing of the pregnant woman's interest in her own life or health with the continued life of her unborn child is permissible under the *Charter* provided the means chosen to implement that balancing of interests are fair and non-arbitrary. The creation of unreasonable delays which increase medical risks is clearly unconstitutional; providing for a maximum of protection for the unborn child compatible with maternal security of the person is arguably not so. My conclusion is that:

(1) the *Morgentaler* decision does not decide, one way or the other, whether a gestational or developmental approach is a sound or constitutionally valid way to regulate abortion;

(2) the decision does not prevent Parliament from enacting criminal law which only allows abortions where the continuation of the pregnancy would be likely to seriously endanger the woman's life or health;

(3) the decision does not prevent the enactment of criminal law on abortion requiring that danger to life or health be confirmed by a reliable, independent and medically sound opinion.

A Gestational Approach

Would a gestational approach where abortions would be available without restriction during some part of the gestation period (e.g., for the first trimester) be contrary to the *Charter*?

The answer to that question is uncertain. Several of the opinions in *Morgentaler* refer to a balancing of competing interests between mother and foetus. In my opinion, an acceptable balance cannot be achieved where the interests of the mother totally extinguish those of her unborn child. If there is to be a genuine balancing of interests, then the interests of the unborn child must be accounted for throughout pregnancy and not merely at some arbitrary point within it.

The uncertainty over *Charter* protection for the unborn is complicated by the fact that the Supreme Court expressly said that it did not consider "the entirely separate

question whether a foetus is covered by the word '*everyone*' in section 7 so as to have an independent right to life under that section." (per Wilson J. at p. 184) (per Beetz and Estey JJ. at p. 128). That issue will be decided later in the Borowski case.

Can Parliament Enact a 'Life and Health' Standard?

The *Morgentaler* decision does not prevent Parliament from enacting a criminal law which prohibits abortions at any gestational stage unless the continuation of the pregnancy would likely endanger the mother's life or health.

In the *Morgentaler* decision, a majority (Beetz, Estey, McIntyre and La Forest JJ.) make it abundantly clear that a *life and health* standard does not violate the right to security of the person under the *Charter*. Two other judges (Dickson C.J. and Lamer J.) say they do not have to decide that issue and expressly refrain from doing so. They do say, however, if a health standard is a constitutionally valid standard, the word 'health' must not be left undefined. Only one judge (Wilson J.) says that it would be contrary to the *Charter* for Parliament to prohibit abortions for any reason in the early stages of pregnancy.

Would any other provision in the *Charter* prevent Parliament from enacting a *life and health* standard? The *Morgentaler* decision does not answer that question.

Justice Wilson, whose reasons for judgement were not endorsed by the other six justices, was the only judge to focus on the right to 'liberty.' If we define liberty as the right to make our own choices about matters of personal importance to us, then virtually all of law breaches this right. Who would deny that forcing a woman to give birth against her own wishes is a profound breach of her personal liberty? The real issue has to be, given the reality that pre-born life is also at stake, whether such a violation of the right to liberty by prohibiting some abortions is nevertheless fundamentally just or not. Justice Wilson argues that it is not fundamentally just because the principles of fundamental justice include other *Charter* rights like the right of freedom of conscience found in section 2. But freedom of conscience is just as wide open as the right to liberty. Freedom of conscience in the abstract could be used to strike all of law down as unconstitutional, since there is always someone who sincerely disagrees with the content of a law. Thus, instead of formulating the conditions of fundamental justice for the proper limitation of a right, Justice Wilson has simply placed a new right as a limitation that is as unlimited as the one that is supposed to be limited.

Justice Beetz said that the standard of *life and health* stands up against the *Charter* right of security of the person but he wasn't certain what he would do when the majority of the court looks at the right to liberty to have abortions and the substantive question of whether the law would be fundamentally just in limiting that right.

However, he did point out that there was a substantial difference of opinion as to the state's interest in the protection of the foetus as against the pregnant woman's right to liberty.

Wilson, J. said she would leave it to the informed judgement of the legislature, and volunteered that the state's interest in the foetus became compelling somewhere in the second trimester. Beetz J. said this view may be compared with that of O'Connor J. of the United States Supreme Court in her dissenting opinion in *City of Akron* v. *Akron Center for Reproductive Health, Inc.*[7]

> In *Roe* [*Roe* v. *Wade*, 410 U.S. 113 (1973)], the Court held that although the State had an important and legitimate interest in protecting potential life, that interest could not become compelling until the point at which the foetus was viable. The difficulty with this analysis is clear: *potential* life is no less potential in the first weeks of pregnancy than it is at viability or afterward. At any stage in pregnancy, there is the *potential* for human life. Although the Court refused to "resolve the difficult question of when life begins," *id.*, at 159, the Court chose the point of viability — when the foetus is *capable* of life independent of its mother — to permit the complete proscription of abortion. The choice of viability as the point at which state interest in *potential* life becomes compelling is no less arbitrary than choosing any point before viability or any point afterward. Accordingly, I believe that the State's interest in protecting potential human life exists throughout the pregnancy.[8]

Requiring a Second Medical Opinion

Can Parliament enact a requirement for a reliable, independent and medically sound opinion (in addition to the opinion of the woman's physician) in order to ascertain that the life or health of the woman is in danger?

Once again, a majority of the Supreme Court judges in *Morgentaler* said "Yes." The rest did not answer this question. McIntyre and LaForest JJ. dissenting, held that the requirement for two or more independent medical opinions does not violate the *Charter*. Beetz and Estey JJ. held that:

(1) "Parliament is justified in requiring a reliable, independent and medically sound opinion in order to protect the state interest in the foetus" (p. 110).

(2) "I do not believe it to be unreasonable to seek independent medical confirmation of the threat to the woman's life or health when such an important and distinct interest hangs in the balance" (p. 112).

(3) "Some delay is inevitable ... It is only insofar as the administrative structure creates delays which are unnecessary that the structure can be considered to violate the principles of fundamental justice" (p. 114).

To conclude, the *Morgentaler* decision does not require or recommend that Parliament take a gestational approach; does not prevent Parliament from enacting a *life and health* standard; and there is a strong legal argument that a *life and health* standard (confirmed by a second, independent medical opinion) would not offend other provisions in the *Charter*.

---

7. 462 U.S. 416 at 460-61 (1983).

8. *R.* v. *Morgentaler*, *supra*, note 5 at 113.

III. Historical Context and Other Legal Issues

Regulation and prohibition of abortion is not a new nor unique phenomenon to the 20th century. A brief account of the legal history of abortion regulation set out by my colleagues in the majority provides some perspective and enlightenment on the current controversy.

From time immemorial the state has always had an interest in the unborn, even without knowing when life began. Although abortion was widely accepted, there was still a wide difference of opinion amongst intellectuals as to the legitimacy of abortion. For example, the Oath of Hippocrates required a physician to pledge, amongst other things that "he would not give to a woman an abortifacient pessary."[9] Hippocrates symbolized the new respect for life which was to join forces with philosophy and religion in implementing a protective custody for the unborn.[10]

This fundamental principle is as true today as it was in Greek times. For example, the Supreme Judicial Court of Massachusetts[11] recently held that a human foetus was a person for purposes of the motor vehicular homicide statute and thus a potential homicide victim. A number of other American states have adopted legislation imposing criminal sanctions for the destruction of a human foetus that are identical to those imposed for the murder of a person. California provides that "murder is the unlawful killing of a human being, or a foetus, with malice aforethought."[12]

It is evident that the traditional Western ethic has always placed great emphasis on the intrinsic worth and equal value of every human life regardless of its stage of development or condition. This ethic has had the blessing of the Judaeo-Christian heritage and has been the basis for most of our laws and much of our social policy. Indeed our own *Criminal Code* has always been concerned first and foremost with the protection of human life.

Furthermore, in recent years there has been a clear and perceptible trend towards increasing respect for the human foetus. The common law has progressively expanded its protection of the unborn as it recognized their nature and personality. It is therefore essential and instructive to examine, albeit not exhaustively, developments in other areas of the law regarding the unborn and to relate these findings to the justifiability of protecting the unborn.

---

9. See D. Granfield, *The Abortion Decision* (New York: Doubleday: 1969) at 50.

10. *Ibid.* at 50-51.

11. *Commonwealth of Massachusetts* v. *Cass*, 467 N.E. 2d 1324 at 1328 (1984).

12. Extract from the California Penal Code, s. 187. For a discussion of this and other state criminal law on the unborn see *The Creation of Fetal Rights: Conflicts with Women's Constitutional Right to Liberty, Privacy, and Equal Protection*, Dawn E. Johnston (1986) 95 *Yale L.J.* 899 at 602.

1. Property Rights of the Unborn are Protected by Law

For centuries the English common law of property has recognized the unborn child from the moment of conception for all purposes which affected the property rights of that child on its eventual birth. As early as 1795, an English court interpreted the ordinary meaning of children in a will to include an unborn child: 'an infant *en ventre sa mere*, who by the course and order of nature is then living, comes clearly within the description of children living at the time of his decease.'[13]

Thereafter another court stated: 'Why should not children *en ventre sa mere* be considered generally as in existence? They are entitled to all the privileges of other persons.''[14]

It is now a well established rule of Canadian law that a child is in being from the time of conception for the purpose of taking any estate which is for its benefit, provided it be born alive. Upon these foundations, the path of the common law has also been followed by statutory law. For example, the unborn child has status under such Manitoba enactments as *The Trustee Act*[15] and *The Testators Family Maintenance Act*.[16]

2. Tort Law; Negligently Inflicted Injuries

In the area of tort law, dramatic changes have occurred in the status of the unborn. It had been the common law belief that the unborn child was part of the mother having no independent existence. An unborn child who had been harmed by negligent injury to the mother could not recover in its own right since the mother was the only 'person' who had been injured. However, as a result of medical discovery that the conceived but unborn was a separate biological being, the law began to acknowledge that it may be a separate legal being as well.[17]

Not only did the property of the unborn require protection but also the physical integrity of the unborn. The Supreme Court of Canada, in *Montreal Tramways Co.* v. *Leveille*[18] became the first common law court in the world to allow a right of action for pre-natal injuries to unborn children who are subsequently born alive.

For a time there was hesitation in the United States as to whether this right of recovery was limited to those who were born alive and *viable when injured*. This

13. *Doe* v. *Clarke* (1795), 2 H.BL. 399, 126 E. R. 617 at 618.

14. *Thellusson* v. *Woodford*, (1798) 4 Ves. Jun. 227; 31 E. R. 117 at 164.

15. R.S.M. 1987, c. T160, subs. 87(6).

16. R.S.M. 1988, c. T50.

17. See E.W. Keyserlingk, "The Unborn Child's Right to Prenatal Care" (Part 1) (1982) 3:1 *Health Law in Canada* 10 at 13.

18. [1933] S.C.R. 456.

restriction has since been rejected by many courts as unjust and artificial. Of particular importance is what caused the court to move away from the *viable when injured* rule, namely, direct consideration of medical and biological evidence about the unborn. The 1959 case, *Phul* v. *Milwaukee Auto Ins. Co.*[19] is an example. The court observed that to draw a line between viability and non-viability would be arbitrary, and would be to ignore the biological facts indicating both that there is a living human being before viability and that the unborn is not a part of its mother either before or after viability. What the courts were saying is that there is no valid medical basis for a distinction based on viability. Biologically and medically it has a separate existence.

This branch of tort law gives explicit recognition to the unborn child as a person and in so doing acknowledges that the law must keep pace with current medical knowledge to ensure justice does not become arbitrarily based upon fiction.

3. Wrongful Death

A further development has been the recognition by some courts of the right to maintain an action for the wrongful death of a child who dies as a result of injuries *in utero*, whether the child dies after live and viable birth or *in utero*. The cause of action for wrongful death is purely statutory and most wrongful death statutes require that the wrongful act which causes death be such that the decedent person could have brought an action against the wrongdoer if death had not resulted. The central issue confronted by the courts was whether the unborn child is a 'person' within the meaning of the controlling statute.

This important development in the evolution of the respect towards the unborn child's rights is clearly illustrated in those decisions which allow parents or survivors to maintain a wrongful death action where the child is stillborn (that is, a child who is injured *in utero* and dies *in utero* as a result of the injury). In these cases, the unborn child to whom live birth never comes is held to be a 'person' who may be the subject of an action for damages arising after death.[20]

The reasons for allowing such actions are compelling: it would be anomalous for a jurisdiction to permit recovery for pre-natal injuries to the child born alive but to deny recovery to a child whose pre-natal injuries are severe enough to cause still birth. "If there be no recovery for the unborn's wrongful death, then it follows that it would be cheaper for the defendant to inflict injury sufficient to cause the death of the unborn rather than simply to harm him."[21]

---

19. (1959) 99 N.W. 2d 163.

20. The '*viable when injured*' rule would appear to be applicable in some jurisdictions for wrongful death actions.

21. See K.M. Weiler and K. Catton, "The Unborn Child in Canadian Law" (1976) 14 *Osgoode Hall L.J.* 643 at 656.

The law, in recognizing a cause of action for injury inflicted before birth, has recognized the legal interests and personality of the unborn child. A majority of states in the United States now consider unborn children that have died *in utero* to be 'persons' under wrongful death statutes. In cases where the child has died *in utero* and the courts have awarded compensation to survivors, the courts have implicitly and inescapably acknowledged the juridical personality of those children. The courts have waived the traditional suspensive condition of live and viable birth for juridical personality.[22]

It is sometimes argued that recognition of property and tort rights requires that the child be born alive and therefore the cases prove nothing concerning the child's prior legal existence. This is clearly not the case when the courts have allowed a wrongful death action where the child is stillborn; but apart from that, it is a questionable argument. If 'nothing' existed at the time prior to birth when the injury occurred or the property interest arose, how then could there be any rights which suddenly came into existence at birth? The fact that some of these rights, in some jurisdictions, have no remedies unless the child is born alive does not negate the child's legal existence when the rights arose. There can be no right to enforce at birth if the person was not in legal existence at the time of the injury or the time the property right first arose.[23]

4. Child Protection Statutes and Proceedings

Other important developments recognizing the unborn's rights are involved in decisions and mechanisms to protect children before birth. Examples of these are attempts to ensure the provision of necessary acts of health care or maintenance while the child is still unborn. These decisions and statutory mechanisms clearly illustrate that for purposes of pre-natal health care and protection there is an essential continuity between child and unborn child. Both are equally in need of and deserving of legal mechanisms to protect and promote their health.

A recent Ontario Provincial Court ruling highlights this emerging development.[24] In 1987, the Belleville Children's Aid Society sought a protection order under Ontario's *Child and Family Services Act* after concern was raised that a 38 week-old unborn child was at serious risk of fatal pneumonia. The mother refused all appeals that she obtain medical treatment and it appeared that she planned to give birth in the underground parking garage where she had made her home. Provincial Court Judge D.K. Kirkland held that an unborn child is a child in need of protection and made the child a ward of the state.

---

22. See E.W. Keyserlingk, *The Unborn Child's Right to Prenatal Care — A Comparative Law Perspective*, (Montreal: Quebec Research Centre of Private & Comparative Law, 1984) at 43.

23. See "Abortion and Social Justice," in T.W. Hilgers and D. Horan, *The Legal Case for the Unborn Child* at 105, Sheard and Ward Inc., 1972.

24. *Re Children's Aid Society of City of Belleville, Hastings County and T et al.* (1987), 59 O.R. (2d) 204.

Again in 1987 a British Columbia Provincial Court Judge held that where the mother's conduct before birth is such that the life of the child is in jeopardy, the child is in need of protection before birth.[25]

It has also been held that an unborn child can be the victim of abuse by acts of a mother and hence in need of protection.[26] The Yukon Territory's *Children's Act*[27] provides for supervision or counselling when there are reasonable and probable grounds for suspecting that an unborn child is being subjected to risk arising from the mother's use of addictive or intoxicating substances.

The New Jersey Supreme Court[28] was asked to decide whether a pregnant Jehovah's Witness could be compelled to submit to a blood transfusion when such transfusions were contrary to her religious beliefs. The court unanimously decided that the unborn child was entitled to the law's protection, and ordered the transfusions. This dramatic invasion of a woman's right to inviolability did not rest on the principle that the state could compel the transfusions in order to save the life of the woman and her unborn child. Rather the court held that the transfusions were to be given to save the life of her unborn child. The unborn child's right to live could not be negated by the mother's asserted constitutional rights of religious expression or personal inviolability — the child's right to life was paramount.

In New Brunswick, there has been a fundamental reform of their child welfare statute. *The Family Service Act*[29] expressly provides that a child includes an unborn child. Accordingly, in New Brunswick an unborn child may be found to be 'in need of protection' and care according to objective standards.

The continually growing respect for and the evolving legal personality of the unborn means the community recognizes in the unborn child an underlying human personality. Liberal access to abortion tears this legal personality from the human foetus and deprives it of the natural benefits acquired through statute and case law. In my opinion this ignores the already vested legal rights of the unborn.

---

25. *Re R.* (1987), 9 R.F.L. (3d) 415. However it was held on appeal that the provincial government does not have the right to take custody of a baby before it is born.

26. See *Re Children's Aid Society of Kenora* v. *J.L.* (1981), 134 D.L.R. (3d) 249 (Ont. Prov. Ct.) (a child born with foetal alcohol syndrome); and *Superintendent of Family and Child Service* v. *M. (B) and O. (D)*, [1982] 4 W.W.R. 272 (B.C.S.C.) (A child born with severe drug adiction acquired by the mother).

27. R.S.Y. 1986, c. 22, s. 133.

28. *Raleigh Fitkin — Paul Morgan Memorial Hospital* v. *Anderson*, 42 *N.J.* 421; 201 A 2d 537 (1964).

29. S.N.B. 1980, c. C-2.1 (S.N.B., c. F2.2).

IV. Conclusion

Why Abortion Should Be A Crime

I agree with the majority that abortion passes the four tests of criminality, but without any of their reservation. Upon reflection, it is apparent that these four tests are easily satisfied. Abortion clearly *seriously harms another*, namely an unborn child at its earliest and most vulnerable stage of development. The act affects a life other than just the mother's. Her decision does not merely involve her own person; it harms a separate human life jointly produced by her and the father. The life of each individual human being is self-evidently a central value of the legal order and as such it can be argued forcefully that abortion so *contravenes our fundamental values as to be harmful to society itself*. Provided any new law does not incorporate complete prohibition of actions directed against the foetus, *enforcement measures themselves will not seriously contravene our fundamental values*.

The *criminal law can make a significant contribution in addressing the issue of abortion*. Criminal prohibitions on abortions are desirable for both functional and symbolic reasons. Functional, because criminal prohibitions will reduce, although not eliminate, abortions. Since foetal life deserves legal protection, it follows that a reduction in abortions is a net social benefit. The symbolic function of the criminal law is no less important. The criminal law is our nation's fundamental statement of public policy. It is the instrument by which the community draws a line between the tolerable and the intolerable. Criminal law defines those whose interests are worthy of respect and protection, and in my view this should include all members of the human family. Ultimately, the criminal law is a mirror of what we are; it reflects our commitment, or lack of commitment, to human dignity and equality.[30]

The law does not exist for the sole or primary purpose of punishing illicit acts. It exists, as an expression, in a broad sense, of the kind of people we are. It does not merely regulate our behaviour, it articulates and symbolizes our values and beliefs. It is true that the criminal law is sometimes ineffective, difficult to enforce, costly and arbitrary; but this is a failing of criminal law generally, not peculiar to abortion laws. Should enforcement problems lead us, for example, to repeal our laws against theft when 95% of goods taken by breaking and entering are never recovered? Difficulty of enforcement by itself is not a sufficient reason for repealing a criminal law. Our criminal law sets out the consequences of engaging in prohibited behaviour; it cannot entirely prevent that behaviour.[31]

For Canada to demonstrate its continued respect for human life, the taking of human life by abortion should therefore once again become a crime and be included in the *Criminal Code*.

---

30. See I. Hunter, "*The Controversy Over Abortions*" (1985) No. 6 *The Idler* 15 at 22.

31. *Ibid.* at 21.

About Imposing One's Morality

This, some will argue, is to impose my moral views on others — something 'off limits' in our pluralistic society. While it is true that law and morality are not co-extensive, law is concerned with morality. And while one cannot impose one's morals on others and one can't be absolutist in today's pluralistic society, most of our criminal law (e.g. the law on violence and theft) is based on moral notions of what is 'right' and 'wrong.' These laws should apply regardless of the views or the cultural background of individual citizens. In fact by introducing a 'good samaritan law' in its draft Criminal Code of 1987, the Commission in Report 31 has in effect recommended turning a moral obligation into a legal one, because "in such cases, if not in others, we think we are our brother's keeper."[32]

I am prepared to have the state impose a moral obligation of protecting the life, liberty and security of both the mother and her unborn child.

Matters for Parliament's Consideration

The state will not be able to resolve the abortion dilemma by merely providing for a legislative balance between the 'rights' of the unborn child and the 'rights' of pregnant women. The battle of 'rights' does not resolve anything but rather falls into the trap of accepting the cultural and legal pre-suppositions of our liberal society. In this way the issue is decided not because of the factual weight of legal and religious sanctions against killing and earlier legislative recognition of the rights of the unborn, but because 'freedom of choice' fits best with the ideals of our individualistic culture. But these ideals recognize no equitable social arrangement except the protection of the individual's right to pursue his or her interests without undue interference from others.

The abortion conflict has haunted our society since the end of the Second World War. In order to eliminate this conflict, we have to revise our attitudes about pregnancy, parenthood and abortion. In other words, what is needed is a social, political and cultural transformation.

There is concern that society does not adequately support members of the family. There is an erosion of support to the family by the state e.g., income support programmes have been reduced.[33] Society is not hospitable to parents. Fertility has declined dramatically and there has been an immense increase in abortion since the law

---

32. Law Reform Commission of Canada, *Omissions, Negligence and Endangering*, Working Paper 46, Ottawa, LRC, 1985, p. 17 and *Recodifying Criminal Law — Revised and Enlarged Edition*, Report 31, Ottawa, LRC, 1987, s. 10(2).

33. Vanier Institute of the Family, memorandum submitted February 25, 1986 to Senate Standing Committee on Social Affairs, Science and Technology; with respect to Bill C-70, and Act to amend the *Family Allowance Act*, 1973.

was amended in 1969.[34] The relationship between pregnant women and their unborn children has been de-humanized: semantic gymnastics are used to rationalize abortion as anything but taking human life. It is the 'pregnant woman and her foetus' that are talked about rather than 'the mother and her unborn child.' Similarly it is a crime to 'destroy' a foetus rather than to cause the death 'of the unborn child.' In my view legislation can provide some assistance but it is really a social and cultural task in which the community has a decisive role to play.

For recent (and less contentious) examples of successful reconditioning of attitudes, we need but look at the successes of Participaction, of reducing smoking, and of reducing drinking and driving. In most of these instances it was a combination of legislation and programmes to raise public consciousness that resulted in changes in attitude and habit. It is no longer sociably acceptable to drink and drive. Health programmes are popular and flourishing in Canada and produce healthier Canadians. The use of tobacco has been drastically reduced.

Wider access to abortion suggests that the procedure is the *one* available solution to a variety of difficulties associated with pregnancy. However, this would not eliminate the constraining forces — social, economic and psychological — that underlie the decision to seek an abortion in the vast majority of cases. Examples of these forces include a lack of adequate financial and social support during pregnancy, various forms of discrimination and social pressure against unwed mothers, a lack of adequate housing for mothers with dependent children, a scarcity of part-time job opportunities, a scarcity of community centres and agencies to assist pregnant women and mothers with psychological, economic and social problems, and the difficulties 'unplanned' pregnancy creates in the lives of professional women. All these factors create enormous pressures when a woman suddenly faces the burdens and responsibilities of pregnancy. It is no exaggeration to say that many abortion decisions lack the degree of freedom necessary for full responsibility.

Thus, a legislative balancing act aiming only to secure legally controlled access to abortion will continue to create victims among both women and their unborn. Because of the way pregnant women and the unborn are related, they have comparable — hardly ever 'competing' — interests in the 'right to life, liberty and security of the person.' To make unimpeded reproductive choices, women must have the cultural and socio-economic freedom to embrace pregnancy and the opportunity of motherhood that at least equals access to abortion.

Truly equitable legislative measures have to extend equal protection to the unborn not merely by restricting access to abortion but also, and primarily, by increasing the

---

34. The Dominion Bureau of Statistics news bulletin reported in autumn 1970 that there were 4395 abortions between Aug. 26, 1969 and Aug. 25, 1970. In all of 1970, DBS reported 11,200 abortions. Statistics Canada notes that there were 30,949 abortions in 1971 and 60,956 in 1985. About 2480 women who had an abortion in 1985 reported that they had two (2) or more previous abortions, Statistics Canada, *Therapeutic Abortions 1985* (Ottawa: Supply and Services Canada, 1986), at 29 and 40 respectively. In 1982, 400 women reported that they had 4 or more previous abortions (House of Commons Debates, June 7, 1988, at 16229.

protection of pregnant women. Even if regulated access to abortion remains a regrettable necessity, new legislation must go beyond this and try to reduce the factors in women's lives that force them to reject pregnancy, and lead them to choose abortion as a deceptively simple escape from economic, social and cultural dilemmas.

To offer easy access to abortion shows a callous failure of responsibility to protect life. To outlaw it without proposing positive measures to remedy the situations encountered by pregnant women would also amount to a failure of responsibility. A coherent and effective family policy requires a co-ordinated effort from all levels of the state. Measures have to be taken in various fields, such as labour, revenue, family life, housing and education. There is a need to improve the condition of pregnant women and give effective recognition to the socio-economic importance of motherhood. New legislation cannot incorporate these desired objectives without a massive operation of education and persuasion on the level of people's consciousness.

Human laws are shaped by human politics, and neither is ever perfect. Law and life are always uneasy partners. Undoubtedly, there will be compromises and shortfalls in the painful process of cultural-political progress. But while the Commission has compromised in criminal law matters to obtain consensus and to be pragmatic, it has, until now, rallied to the support of the most valued principle in its recommendations to reform the criminal law. That principle is the respect for human life. However, my colleagues provide fuller respect for the human foetus only after viability. During the first 20 weeks after conception the recommendations provide virtually no protection, a consequence in my opinion, of the failure to offer a proper definition of 'health.'

The use of 'health' under the old law required that doctors often had to adduce a false ground for abortion — namely that failing to end a pregnancy would impair a woman's physical or mental 'health,' directly or indirectly. Yet it is clear that in the large majority of cases such claims were entirely spurious. Furthermore, the lack of definition eased the burden of a defendant prosecuted for proceeding outside the old law, in that he could offer the jury evidence to support his personal interpretation of danger to physical or mental health.[35] An arbitrary, subjective 'health' definition subverts and makes the statutory scheme purely formalistic and unworkable in practice. By neglecting to put forward a clear definition of health, my colleagues perpetuate these ambiguities.

It can no longer be suggested that a woman denied an abortion might endure poor mental health as a result, for that myth has been dispelled.[36] The American Psychiatric Association, on the other hand, recently said that abortion itself is a stressor event that triggers post-traumatic stress disorder.[37]

---

35. See B. Dickens, "The *Morgentaler* Case" (1986) *Osgoode Hall L.J.* 229 at 270.

36. See C.R. Bagley, "Helping Women and Protecting the Foetus" (1988) 9:4 *Policy Options* 31.

37. American Psychiatric Association, *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorder*, Revised, 1987, p. 250.

It is not incorrect to say that, generally speaking, there is no problem concerning the life of the pregnant woman and there are few problems concerning her physical health that can't be resolved without terminating her pregnancy: adrenal tumours may be safely removed from pregnant women, open heart surgery can be performed during pregnancy. However, where the continuation of the pregnancy would be likely to endanger her life or seriously and substantially endanger her health and there is no other accepted medical procedure for effectively treating this health risk, an abortion could be performed.

The Commission has said in the past that 'all human misfortunes and disorders are not forms of illness from which one must be saved under the rubric of health in criminal law' .... [A] state of well-being, in law, ought first to be notionally sufficient to cope with the ordinary living in modern society, but does not carry a guarantee of stress-free, non-responsible lifestyle, because stress as well as responsibility for one's behaviour are incidents of living in society."[38]

The Law Reform Commission of Canada has, since its inception seventeen years ago been a champion of human life, a protector of the weak and the vulnerable, and a respector of human dignity. This protection was proclaimed by establishing the Protection of Life Project in 1977. The recommendations of this working paper are completely at odds with this laudable history.

In 1979 in its Working Paper 24: *Sterilization: Implications for Mentally Retarded and Mentally Ill Persons*, the Commission concluded:

> The stigma imposed on such persons by their characterization as 'persons in need of protection' is emphasized by the implication that such persons lack some quality of humanity that precludes them from the general rules of treatment usually accorded other members of society. As a group they are warranted protection. Self-respect, dignity, and self-determination must be guaranteed for each individual, including those with limitations. (P. 121)

In Report 20, *Euthanasia, Aiding Suicide and Cessation of Treatment* (1983) the Commission said:

> In the medical context the presumption in favour of life should always be recognized. Our law regards the protection of human life as a fundamental value. Any law reform must be based on that value. The proposed system of rules should never depart from the principle that in the absence of reasons to the contrary the patient should always be presumed to want to live, and that the patient would prefer life to death even when unable to express that preference. (P. 11)

In Report 28: *Some Aspects of Medical Treatment and Criminal Law*, published in 1986, the Commission continued to maintain the principle of protection of life by once again specifically and strongly rejecting euthanasia. By compromising the principle of protection for the vulnerable the Commission reduces the credibility of its past recommendations. Permitting abortions during the first 20 weeks after conception and thereby removing protection for this vulnerable group will lessen the protection for the

---

38. Law Reform Commission of Canada, *Medical Treatment and the Criminal Law*, Working Paper 26, Ottawa, Supply and Services Canada, 1980, at 7.

senile and other candidates for euthanasia that the Commission had intended to protect. Commenting on the effect of the *Morgentaler* decision, University of Toronto Law Professor Bernard Dickens said: "The legalization of euthanasia for the terminally ill — and perhaps the non-terminally ill — may not be far."[39]

Yet the Commission has in its proposed Criminal Code (Report 31) provided protection for certain other forms of life. It recommends that it be a crime for anyone who unnecessarily causes injury or serious physical *pain* to animals, i.e., living non-human vertebrates, which include fish. To provide legal protection from unnecessarily causing serious pain to fish while failing to protect the *life* of the unborn child is in my opinion not only inconsistent but also unconscionable.

The advances in our knowledge of life in the womb and the advances over the past decade in pre-natal medicine that have pushed back the point at which a human foetus becomes viable outside the uterus cannot be disregarded.

Furthermore the independent existence of the unborn child has to be considered when viewing the pregnant woman's right of autonomy to act and to reproduce. Individual freedom must be preserved but only to the extent that it does not constitute a clear and present danger to society.[40] But the Commission has found that the act of abortion fulfils the criteria of whether it should be a crime, one of which is whether the act so seriously contravenes our fundamental values as *to be harmful to society*.

"Reforming laws means more than changing them, it means improving them."[41] More or less unregulated abortion for the first 20 weeks after conception does not accomplish this. Ninety-nine percent of all abortions are done by then.

To many, what matters in the abortion debate is the battle for women's rights. The battle is being won, but many say unwanted pregnancies threaten these new-found freedoms by forcing women to temporarily stop working. They also say, that to be truly equal and take advantage of other equality rights they might win, women must have the right to decide when they want to start a family.

But is it equality if women have to have abortions just to keep a position in the work-force and in society? Isn't abortion an imperfect response to society's failure to make room for the birth and upbringing of children? Should women not concentrate on working to increase their options, by demanding not only better maternity and unemployment benefits but also parental leave rights that would allow either parent to look after a young child?[42]

---

39. See B. Campion, "Women's Legal Victory Looks More Like a Defeat," *Globe and Mail*, February 22, 1988, at A7.

40. See *supra*, note 38, at 6.

41. Law Reform Commission of Canada, *Third Annual Report, 1973-74*, Ottawa, Information Canada, p. 3.

42. See "Irreconciable Differences", Saturday Night, August 88 at 23.

By removing constraining forces and providing women with a welcoming environment, and by reconditioning attitudes towards motherhood, pregnancy and abortion, the state and the community could enable pregnant women to make unimpeded reproductive choices.

With respect to unborn children who have 'lethal' defects, the most powerful testimony against the policy of abortion of the handicapped comes from handicapped people themselves. What is a 'lethal defect'? While my colleagues define it, many babies who are 'supposed to die' don't. The large majority of handicapped people are glad and joyful at their existence, and are grateful that they were not aborted. Unborn children who are diagnosed as having (or possibly having) serious physical or mental impairments (such as Down's syndrome or spina bifida) and even 'lethal defects' are entitled to protection against abortions performed because of those impairments, just as newborn children are entitled to protection against intentional infliction of death because of similar impairments. Or, do we accept that an anencephalic baby is a 'non-person human derivative,' as such a baby is considered to be by Dr. Leonard Barley, Chairman of the Department of Cardiothoracic Surgery, Loma Linda University Medical Centre, California?[43]

Finally, by agreeing that abortion is not "right," by being against abortion without trying to change attitudes about it, and by permitting access to it for little or no reason, we assume a position of despair, not hope. Yet we teach our children that 'Hope springs eternal in the human breast.'

In the words of Professor Emeritus, George H. Williams, of Harvard:

> "Those who oppose abortion are fighting for the very frontier of what constitutes the mystery of our being. Unless those frontiers are defended, the future is grim with all the prospects of man's cunning and contrived manipulation of himself and others."[44]

Parliament now has the opportunity to provide Canada with legislation that indicates a new trend in the western world, a trend in which the constraining socio-economic forces that determine decisions to seek abortions will, for the first time, receive due attention. Parliament can fulfil its responsibility by affirming the fundamental social value of respect for life while at the same time making much needed reforms to social support programmes that help families.

---

43. See L. Surtees, "Transplant Program Using Infant Organs is Halted as Failure, *Globe and Mail*, September 26, 1988, A1 at A2.

44. *Boston Pilot*, March 25, 1967 (reproduced in *America*, April 1, 1967).

Rapports et documents de travail de la Commission de réforme du droit du Canada

Rapports au Parlement

1. *La preuve** (19 déc. 1975)
2. *Principes directeurs — Sentences et mesures non sentencielles dans le processus pénal** (6 fév. 1976)
3. *Notre droit pénal* (25 mars 1976)
4. *L'expropriation** (8 avril 1976)
5. *Le désordre mental dans le processus pénal** (13 avril 1976)
6. *Le droit de la famille** (4 mai 1976)
7. *L'observance du dimanche** (19 mai 1976)
8. *La saisie des rémunérations versées par la Couronne du chef du Canada** (19 déc. 1977)
9. *Procédure pénale — Première partie : amendements divers** (23 fév. 1978)
10. *Les infractions sexuelles** (29 nov. 1978)
11. *Le chèque** (8 mars 1979)
12. *Le vol et la fraude** (16 mars 1979)
13. *Les commissions consultatives et les commissions d'enquête** (18 avril 1980)
14. *Le contrôle judiciaire et la Cour fédérale** (25 avril 1980)
15. *Les critères de détermination de la mort** (8 avril 1981)
16. *Le jury** (28 juill. 1982)
17. *L'outrage au tribunal** (18 août 1982)
18. *L'obtention de motifs avant la formation d'un recours judiciaire — Commission d'appel de l'immigration** (16 déc. 1982)
19. *Le mandat de main-forte et le télémandat** (22 juill. 1983)
20. *Euthanasie, aide au suicide et interruption de traitement* (11 oct. 1983)
21. *Les méthodes d'investigation scientifiques : l'alcool, la drogue et la conduite des véhicules** (10 nov. 1983)
22. *La communication de la preuve par la poursuite* (15 juin 1984)
23. *L'interrogatoire des suspects* (19 nov. 1984)
24. *Les fouilles, les perquisitions et les saisies* (22 mars 1985)
25. *Les techniques d'investigation policière et les droits de la personne* (12 juin 1985)
26. *Les organismes administratifs autonomes** (23 oct. 1985)
27. *La façon de disposer des choses saisies* (24 avril 1986)
28. *Quelques aspects du traitement médical et le droit pénal** (12 juin 1986)
29. *L'arrestation* (6 nov. 1986)
30. *Pour une nouvelle codification du droit pénal*, vol. 1 (3 déc. 1986)
31. *Pour une nouvelle codification du droit pénal — Édition révisée et augmentée du rapport n° 30* (19 mai 1988)
32. *Notre procédure pénale* (21 juin 1988)

Documents de travail

1. *Le tribunal de la famille** (1974)
2. *La notion de blâme — La responsabilité stricte** (1974)
3. *Les principes de la détermination de la peine et du prononcé de la sentence** (1974)
4. *La communication de la preuve** (1974)
5. *Le dédommagement et l'indemnisation** (1974)
6. *L'amende** (1974)
7. *La déjudiciarisation** (1975)
8. *Les biens des époux** (1975)
9. *Expropriation** (1975)
10. *Les confins du droit pénal : leur détermination à partir de l'obscénité** (1975)
11. *Emprisonnement — Libération** (1975)
12. *Les divorcés et leur soutien** (1975)
13. *Le divorce** (1975)
14. *Processus pénal et désordre mental** (1975)
15. *Les poursuites pénales : responsabilité politique ou judiciaire** (1975)
16. *Responsabilité pénale et conduite collective** (1976)
17. *Les commissions d'enquête — Une nouvelle loi** (1977)
18. *La Cour fédérale — Contrôle judiciaire** (1977)
19. *Le vol et la fraude — Les infractions** (1977)
20. *L'outrage au tribunal — Infractions contre l'administration de la justice** (1977)
21. *Les paiements par virement de crédit** (1978)
22. *Infractions sexuelles** (1978)
23. *Les critères de détermination de la mort** (1979)
24. *La stérilisation et les personnes souffrant de handicaps mentaux** (1979)
25. *Les organismes administratifs autonomes** (1980)
26. *Le traitement médical et le droit criminel** (1980)
27. *Le jury en droit pénal** (1980)
28. *Euthanasie, aide au suicide et interruption de traitement* (1982)
29. *Partie générale : responsabilité et moyens de défense* (1982)
30. *Les pouvoirs de la police : les fouilles, les perquisitions et les saisies en droit pénal** (1983)
31. *Les dommages aux biens — Le vandalisme* (1984)
32. *L'interrogatoire des suspects** (1984)
33. *L'homicide* (1984)
34. *Les méthodes d'investigation scientifiques** (1984)
35. *Le libelle diffamatoire* (1984)
36. *Les dommages aux biens — Le crime d'incendie* (1984)
37. *La juridiction extra-territoriale* (1984)
38. *Les voies de fait* (1984)
39. *Les procédures postérieures à la saisie* (1985)
40. *Le statut juridique de l'Administration fédérale** (1985)
41. *L'arrestation** (1985)
42. *La bigamie* (1985)
43. *Les techniques de modification du comportement et le droit pénal* (1985)
44. *Les crimes contre l'environnement** (1985)
45. *La responsabilité secondaire : complicité et infractions inchoatives* (1985)
46. *L'omission, la négligence et la mise en danger* (1985)
47. *La surveillance électronique* (1986)
48. *L'intrusion criminelle* (1986)
49. *Les crimes contre l'État* (1986)
50. *La propagande haineuse** (1986)
51. *Droit, objectifs publics et observation des normes** (1986)
52. *Les poursuites privées* (1986)
53. *La pollution en milieu de travail* (1986)
54. *La classification des infractions* (1986)
55. *Le document d'inculpation* (1987)
56. *L'accès du public et des médias au processus pénal* (1987)
57. *Les mesures assurant la comparution, la mise en liberté provisoire et la détention avant le procès* (1988)

La Commission a également publié au-delà de soixante-dix documents d'étude portant sur divers aspects du droit. Pour obtenir le catalogue des publications, écrire à : Commission de réforme du droit du Canada, 130 rue Albert, Ottawa (Ontario) K1A 0L6, ou Bureau 310, Place du Canada, Montréal (Québec) H3B 2N2.

---

* Ces documents sont épuisés mais ils peuvent être consultés dans de nombreuses bibliothèques.

LES CRIMES CONTRE LE FŒTUS

On peut obtenir ce document gratuitement en écrivant à :

Commission de réforme du droit du Canada
130, rue Albert, 7e étage
Ottawa, Canada
K1A 0L6

ou

Bureau 310
Place du Canada
Montréal (Québec)
H3B 2N2

© Commission de réforme du droit du Canada 1989
N° de catalogue J32-1/58-1989
ISBN 0-662-56432-4

Commission de réforme
du droit du Canada

Document de travail 58

LES CRIMES CONTRE LE FŒTUS

1989

Avis

Ce document de travail présente l'opinion de la Commission à l'heure actuelle. Son opinion définitive sera exprimée dans le rapport qu'elle présentera au ministre de la Justice et au Parlement, après avoir pris connaissance des commentaires faits dans l'intervalle par le public.

Par conséquent, la Commission serait heureuse de recevoir tout commentaire à l'adresse suivante:

Secrétaire
Commission de réforme du droit du Canada
130, rue Albert
Ottawa, Ontario
K1A 0L6

La Commission

M. le juge Allen M. Linden, président
M^e^ Gilles Létourneau, vice-président
M^e^ Joseph Maingot, c.r., commissaire
M^e^ John Frecker, commissaire
M^me^ la juge Michèle Rivet, commissaire

Secrétaire

François Handfield, LL.L.

Coordonnateur de la section de recherche sur la protection de la vie

Edward W. Keyserlingk, LL.M., Ph.D.*

Conseillers principaux

Patrick Fitzgerald, M.A. (Oxon.)
Joseph Gilhooly, M.A.

Conseillers

Jean-Louis Baudouin, Docteur en droit (Paris)
Benjamin Freedman, Ph.D.
Bartha Maria Knoppers, Docteur en droit (Paris)
Robert Kouri, D.C.L.
Abby Lippman, Ph.D.
Ellen Picard, LL.M.**
Sanda Rodgers, LL.M.
David Smith, Ph.D.

Collaborateurs

Dan Johnston
Harriet Simand, LL.B.
Lori Luther, LL.B.

* Monsieur Keyserlingk a été coordonnateur de la Section de recherche sur la protection de la vie jusqu'en août 1986 et coordonnateur du Groupe de travail sur le statut juridique du fœtus.

** M^me^ Picard a été conseillère jusqu'à son accession à la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta le 1^er^ janvier 1987.

Table des matières

INTRODUCTION 1

CHAPITRE PREMIER : Le fœtus : considérations d'ordre historique et juridique 5

I. L'attitude des civilisations anciennes à l'égard du fœtus et du nouveau-né 5
II. La common law et le droit anglais 6
III. Le droit canadien 7
IV. Le problème du fœtus 8

CHAPITRE DEUX : Les dispositions actuelles — leurs défauts 15

I. Le *Code criminel* actuel 15
II. Les défauts des règles actuelles 18
A. La présentation inutilement compliquée 18
B. Le manque de clarté 20
C. Le manque de cohérence 22
D. Les lacunes actuelles 24
E. Le retard du droit 26
F. Conclusion 27

CHAPITRE TROIS : La réforme des règles actuelles 29

I. Une nouvelle rédaction 29

II. Une nouvelle approche 31
A. La recherche des principes — les quatre critères énoncés dans *Notre droit pénal* 32

B. L'application des principes — les critères énoncés dans *Notre droit pénal* 33
Le 1er critère — Le préjudice grave à autrui 33
a) La femme enceinte 34
b) Le fœtus 34
Le 2e critère — La violation grave des valeurs fondamentales de la société 36
Le 3e critère — La mise en œuvre de la prohibition pénale viole-t-elle nos valeurs fondamentales? 37
a) Les droits des tiers 38
b) Les droits de la mère 39
(i) L'opposition entre la vie du fœtus et celle de la mère 39
(ii) L'opposition entre la vie du fœtus et la sécurité de la mère 41

(iii) L'opposition entre la vie du fœtus et la liberté de la mère 42
c) La solution fondée sur la reconnaissance de trois stades 44
d) La solution fondée sur la reconnaissance de deux stades 45
Le 4e critère — Le droit pénal est-il d'un apport substantiel 48

C. Conclusions 50

CHAPITRE QUATRE : La réforme proposée 51

Nouvelles dispositions législatives 51

Définitions 51
«Personne» 51
Le terme «fœtus» 52
Un nouveau titre consacré au fœtus 53
1. Le fait de détruire un fœtus ou de lui causer un préjudice corporel 53
2. Le traitement médical 55
3. L'avortement légal 56
4. L'aptitude à survivre d'une façon autonome 60

Incidence sur le droit actuel 61

La recherche sur les fœtus et les embryons 62

Questions devant faire l'objet de recherches 65

CHAPITRE CINQ : Sommaire des recommandations 67

ANNEXE A : La réglementation de l'avortement dans divers pays 71

ANNEXE B : Bibliographie 83

DISSIDENCE : J. Maingot, c.r., commissaire 91

Introduction

Lors de sa création, en 1971, la Commission de réforme du droit du Canada s'est vu confier la mission d'entreprendre une étude approfondie des fondements mêmes de notre droit pénal. Après plusieurs années de travail et de collaboration avec le ministère de la Justice, le ministère du Solliciteur général et les gouvernements provinciaux, elle a publié en 1986 dans son rapport n° 30, *Pour une nouvelle codification du droit pénal*, la première partie de son projet de code pénal. En 1988 a paru le rapport n° 31, édition révisée et augmentée du précédent, où l'on trouve des dispositions sur la plupart des sujets laissés de côté dans celui-ci.

Nous avions cependant remis à plus tard l'élaboration de dispositions sur certains types d'infractions mettant en jeu des facteurs particuliers et au sujet desquelles la réflexion n'était pas encore terminée, comme les fraudes commerciales et relatives aux valeurs mobilières, les infractions sexuelles, la prostitution et la pornographie. Faisaient aussi partie de ce groupe, au chapitre de la protection de la vie, les crimes contre le fœtus, c'est-à-dire les infractions touchant la naissance, la recherche sur le fœtus et l'avortement.

Dès 1975, toutefois, la Commission avait mis sur pied une section de recherche chargée spécifiquement d'étudier la protection de la vie dans tous ses aspects. Cette équipe multidisciplinaire, formée de juristes, de spécialistes de l'éthique, de sociologues et de médecins avait alors entrepris des recherches, adoptant une perspective tantôt fondamentalement juridique (par exemple, étude des rapports entre le droit pénal et la protection de la personne), tantôt médicale et juridique (sur l'euthanasie, notamment) et tantôt sociologique et éthique (en ce qui a trait par exemple aux rapports entre l'éthique, la société et le droit, dans le domaine de la protection de la vie). Ces travaux ont donné lieu à la publication, par la Commission, de nombreux documents d'étude, de sept documents de travail et de trois rapports au Parlement[1].

Pendant ce temps, une certaine insatisfaction commençait à se manifester à l'égard de l'ensemble de ce domaine du droit. On déplorait l'absence de critères légaux sur certains aspects du traitement médical, sur la recherche relative au fœtus et sur

---

1. Rapports au Parlement : *Les critères de détermination de la mort*, n° 15, 1981; *Euthanasie, aide au suicide et interruption de traitement*, n° 20, 1983; *Quelques aspects du traitement médical et le droit pénal*, n° 28, 1986. Documents de travail : *Les critères de détermination de la mort*, n° 23, 1979; *La stérilisation et les personnes souffrant de handicaps mentaux*, n° 24, 1979; *Le traitement médical et le droit criminel*, n° 26, 1980; *Euthanasie, aide au suicide et interruption de traitement*, n° 28, 1982; *Les techniques de modification du comportement et le droit pénal*, n° 43, 1985; *Les crimes contre l'environnement*, n° 44, 1985; *La pollution en milieu de travail*, n° 53, 1987. Documents d'étude : E.W. KEYSERLINGK, *Le caractère sacré de la vie ou la qualité de la vie*, 1979; M.A. SOMERVILLE, *Le consentement à l'acte médical*, 1980; T.F. SHRECKER, *L'élaboration des politiques en matière d'environnement*, 1984; J. SWAIGEN et G. BUNT, *La détermination de la peine en droit de l'environnement*, 1985; J.F. CASTRILLI et T. VIGOD, *Les pesticides au Canada : étude de la législation et de la politique fédérales*, 1987.

l'euthanasie. En outre, le manque d'uniformité des décisions rendues par les comités de l'avortement, souligné dans le rapport Badgley, était particulièrement troublant[2]. Enfin, le compromis que représente l'article du *Code criminel* consacré à l'avortement (art. 251) a été remis en question par l'adoption de la *Charte canadienne des droits et libertés*[3].

Le mécontentement a pris diverses formes. Les groupements «pro-choix» et «pro-vie» ont intensifié leur lobbying dans toutes les régions du pays. Les tribunaux ont été saisis d'une série de poursuites intentées contre le D[r] Henry Morgentaler[4]. Enfin, en 1984, l'Association du Barreau canadien demandait par une requête spéciale à la Commission d'entreprendre une étude en profondeur sur le statut juridique de l'enfant non encore né au Canada et de faire des recommandations au besoin[5].

La Commission a alors formé, au sein de la Section de recherche sur la protection de la vie, un groupe de travail spécialement chargé d'étudier le statut juridique du fœtus. Constitué d'éminents spécialistes de diverses disciplines (biologie, philosophie, sociologie et droit), ce groupe de travail a effectué des recherches et des consultations sur différents aspects de la question, comme les nouvelles techniques de reproduction, l'expérimentation sur l'embryon et le fœtus, le tri et les conseils génétiques, et ce que l'on appelle les «infractions relatives à la naissance» contenues dans le Code. Le groupe avait pour coordonnateur le professeur Edward Keyserlingk, assisté de M. Joseph Gilhooly; il était formé des professeurs Jean-Louis Baudouin, Benjamin Freedman, Bartha Knoppers, Robert Kouri, Abby Lippman, Ellen Picard, Sanda Rodgers et David Smith. D'autres personnes ont également contribué aux travaux de cette équipe, notamment le D[r] Peter Gillett, du Département d'obstétrique et de gynécologie de l'Hôpital Général de Montréal, et le professeur Gail Sheehy, de la Faculté de droit de l'Université d'Ottawa.

En 1986, le groupe de travail a publié un document de consultation intitulé *La réforme en matière d'avortement : les solutions possibles*, où il présentait un certain nombre de possibilités et leurs conséquences, et qu'il a remis à plusieurs associations professionnelles, groupes de pression et particuliers intéressés par la question. Ce document a fait l'objet des consultations habituelles auprès du conseil consultatif de juges de la Commission, des représentants des sous-ministres de la justice provinciaux, d'avocats de la défense représentant l'Association du Barreau canadien, de chefs de

---

2. *Rapport du Comité sur l'application des dispositions législatives sur l'avortement* (Rapport Badgley), Ottawa, Approvisionnements et Services Canada, 1977, p. 19.

3. Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (1982, R.-U., ch. 11)].

4. *R.* c. *Morgentaler*, [1976] 1 R.C.S. 616, 53 D.L.R. (3d) 161, 30 C.R.N.S. 209, 20 C.C.C. (2d) 449, 4 N.R. 277; *R.* c. *Morgentaler (N° 1)* (1973), 14 C.C.C. (2d) 435; *R.* c. *Morgentaler (N° 2)* (1973), 14 C.C.C. (2d) 450; *R.* c. *Morgentaler (N° 3)* (1973), 14 C.C.C. (2d) 453; *R.* c. *Morgentaler (N° 4)* (1973), 14 C.C.C. (2d) 455; *R.* c. *Morgentaler (N° 5)* (1973), 14 C.C.C. (2d) 459.

5. ASSOCIATION DU BARREAU CANADIEN, Résolution n° 4; le texte intégral de la résolution a paru dans le *National*, mars 1984, p. 35.

police et de professeurs de droit pénal[6]. La Commission est reconnaissante des nombreux commentaires utiles qui lui ont été transmis.

Puis, en janvier 1988, la Cour suprême du Canada a rendu sa décision dans l'affaire *R.* c. *Morgentaler*[7]. Pour des motifs expliqués plus loin dans ce document, la Cour a fait droit à l'appel formé par l'accusé et conclu à la nullité de l'article 251 du *Code criminel* (la disposition régissant l'avortement), en raison de son incompatibilité avec la Charte.

Finalement, le groupe de travail spécial chargé d'étudier le statut juridique du fœtus a achevé ses travaux en mai 1988 et soumis son rapport à la Commission[8]. Ce rapport traitait diverses questions : le développement biologique du fœtus, les principes de la réforme, le statut juridique du fœtus et le régime légal qui s'y applique, une éventuelle infraction consistant à causer la mort du fœtus ou à lui causer un préjudice corporel, l'avortement, la recherche et les traitements relatifs au fœtus, les nouvelles techniques de reproduction. Le groupe a tenté d'élaborer une politique globale au sujet du fœtus, qui soit à la fois défendable sur le plan éthique, inattaquable du point de vue juridique, acceptable d'une manière générale dans notre société pluraliste, et qui permette un juste équilibre entre les droits et intérêts en cause. À ce titre, le rapport du comité de travail constitue l'une des sources du présent document.

Celui-ci, comme on le voit, est le fruit d'un imposant travail accompli par un grand nombre de personnes. Parmi les travaux de défrichement, rappelons les études générales menées par la Section de recherche sur la protection de la vie, sous la direction des commissaires Jean-Louis Baudouin, Louise Lemelin et Michèle Rivet, et du coordonnateur Edward Keyserlingk. Par la suite, la Commission a amorcé le processus de délibérations, à la lumière des travaux du groupe de travail et des commentaires qu'il a suscités. De plus, les membres de la Commission ont participé à des séminaires, donné des conférences et des entrevues, et participé à des discussions publiques, tout cela afin de mieux connaître la diversité d'opinions sur ces questions controversées.

La Commission présente maintenant son propre document de travail sur les règles du droit pénal qui intéressent le fœtus. Le terme «fœtus» vise ici (on trouvera cette définition plus loin dans le présent document) le produit de l'union, dans l'utérus, d'un spermatozoïde et d'un ovule humains, à quelque stade de la vie qui précède l'accession au statut de personne[9]. Il ne s'applique donc pas aux embryons fécondés hors de

---

6. Les discussions des comités consultatifs font partie du processus officiel de consultation appliqué à l'égard de tous les documents de la Commission de réforme du droit. Ces consultations ont eu lieu aux dates suivantes : Groupe gouvernemental, le 28 octobre 1986; Juges, le 30 octobre 1986; Association du Barreau canadien, Association canadienne des chefs de police et Association canadienne des professeurs de droit, le 31 octobre 1986.

7. [1988] 1 R.C.S. 30, infirmant (1985), 22 D.L.R. (4th) 641 (C.A. Ont.).

8. *Report of the Working Group on the Legal Status of the Fœtus*, rapport présenté à la Commission de réforme du droit du Canada, le 9 mai 1988.

9. Voir la définition recommandée, p. 52.

l'utérus; ceux-ci feront l'objet d'un document ultérieur consacré à l'expérimentation humaine. Essentiellement, nous proposons l'établissement d'un crime spécifique contre le fœtus, en nous inspirant des suggestions du groupe de travail. La définition de ce crime comporterait deux exceptions, à savoir : (1) le traitement médical et (2) l'avortement légal.

Sur la question de l'avortement, le point de vue de la majorité des commissaires qui est présenté dans ce document de travail ne traduit pas leur opinion personnelle quant à la moralité ou l'immoralité de cette pratique : il représente la position de la Commission sur l'opportunité d'en faire un crime. Car le fait de proposer la dépénalisation de l'avortement ne constitue pas nécessairement une reconnaissance de sa légitimité en soi; il s'agirait simplement, le cas échéant, de le soustraire à la sanction du droit pénal. À cet égard, nous avons tenté dans ce document d'élaborer une solution qui tienne compte de la diversité des principes, des besoins et des convictions dans notre société pluraliste.

CHAPITRE PREMIER

Le fœtus : considérations d'ordre historique et juridique

I. L'attitude des civilisations anciennes à l'égard du fœtus et du nouveau-né

Les règles applicables à l'égard du fœtus et du nouveau-né ont varié énormément selon les époques. Certaines cultures réprimaient sévèrement l'avortement et l'infanticide. De nombreux codes de loi antiques, par exemple ceux des Sumériens (2000 av. J.-C.), des Assyriens (1500 av. J.-C.), des Babyloniens (code d'Hammourabi, 1300 av. J.-C.), des Hittites (1300 av. J.-C.) et des Perses (600 av. J.-C.) interdisaient tout acte de violence dirigé contre une femme enceinte et destiné à causer la mort de l'enfant qu'elle portait; ils accordaient ainsi au fœtus une protection légale au moins indirecte[10]. D'autres cultures ont en revanche considéré l'avortement et l'infanticide comme légitimes dans la mesure où ils contribuaient à résoudre divers problèmes : insuffisance des ressources, malformations congénitales et déséquilibre des sexes dans la société. Ni les anciens Grecs[11] ni, à ses débuts, le droit romain[12] n'interdisaient l'avortement; chez les Romains, en fait, l'enfant non encore né n'était pas tenu pour un être humain vivant, mais seulement pour une personne virtuelle faisant encore partie du corps de sa mère. Et lorsqu'on interdisait l'avortement, c'était à cause des risques qu'il faisait courir à la mère, de l'atteinte aux droits du père et du mauvais exemple pour la société, et non en raison des droits dont aurait pu jouir le fœtus.

Sur cette question, il en va différemment du droit occidental qui, dans son évolution, a été profondément influencé par la tradition judéo-chrétienne[13]. La doctrine judaïque, avant l'ère chrétienne et au début de celle-ci, ne réprimait pas l'avortement pratiqué par la mère elle-même et ne considérait pas le fœtus comme un être humain au plein sens du terme. Elle condamnait néanmoins l'avortement accompli par des tiers, ne l'autorisant que lorsqu'il s'avérait nécessaire pour sauver la vie de la mère. On en viendra plus tard, semble-t-il, à considérer le fœtus comme un être humain dès le moment de sa formation, soit bien avant la naissance, et à punir de mort l'expulsion du fœtus déjà formé. Pour sa part, la tradition chrétienne a pendant onze siècles

10. Voir D. GRANFIELD, *The Abortion Decision*, New York, Doubleday, 1969, p. 44.

11. *Id.*, p. 49.

12. *Id.*, p. 51.

13. Voir J.R. CONNERY, *Abortion: The Development of the Roman Catholic Perspective*, Chicago, Loyola University Press, 1977; G.G. GRISEZ, *Abortion: The Myths, The Realities, and The Arguments*, New York, Corpus Books, 1970.

condamné la destruction du fœtus à tous les stades de sa formation, tandis que, pendant les six siècles suivants, elle l'a assimilée à un homicide dès lors que le fœtus était formé ou animé. Mais après 1869, on renonça à cette distinction, pour sanctionner tout avortement par l'excommunication — cette doctrine trouvera d'ardents partisans parmi la chrétienté protestante, à partir de Calvin jusqu'à un comité d'évêques anglicans à la conférence de Lambeth[14].

II. La common law et le droit anglais

Des changements tout aussi profonds ont marqué l'évolution de la common law. Au treizième siècle, Bracton tient tout avortement pour un homicide[15]. Au dix-septième siècle, Coke estime qu'il ne constitue pas un crime avant les premiers mouvements du fœtus, mais qu'il s'agit en revanche d'un crime grave à partir de ce moment-là, et d'un meurtre si l'enfant était bel et bien vivant à sa naissance et qu'il soit mort peu après[16]. En 1803, la loi de lord Ellenborough donne un caractère criminel à tous les avortements : l'avortement entraîne la peine de mort s'il est commis après les premiers mouvements du fœtus, et une peine moindre s'il est commis avant ce moment[17]. En 1837, on renonce à la distinction fondée sur les premiers mouvements du fœtus et on abolit la peine de mort en cas d'avortement[18]. En 1939, la jurisprudence reconnaît jusqu'à un certain point un moyen de défense fondé sur la nécessité de protéger la vie de la mère[19]. En 1967, enfin, le Parlement britannique permet l'avortement thérapeutique dans deux cas : d'une part lorsque la poursuite de la grossesse comporte un risque pour la vie ou la santé physique ou mentale de la femme enceinte ou des enfants qu'elle a déjà, et d'autre part lorsqu'il existe un risque important que l'enfant à naître présente des anomalies physiques ou mentales susceptibles de le handicaper gravement[20].

Par ailleurs, les règles relatives à la peine capitale témoignent jusqu'à un certain point du respect de la common law pour le fœtus. Au dix-huitième siècle, lorsqu'une femme condamnée à mort se trouvait enceinte, son exécution était suspendue jusqu'à la fin de la grossesse, soit habituellement jusqu'à la naissance de l'enfant. Plus tard, la coutume voudra que l'on ordonne la suspension définitive de l'exécution. Puis, après l'adoption en 1931 du *Sentence of Death (Expectant Mothers) Act*, la femme déclarée

---

14. Voir CONNERY, *id.*, p.72.

15. Voir GRISEZ, *op. cit.*, note 13, pp. 186-187.

16. COKE, *Institutes of the Laws of England*, Londres, E. & R. Brooke, 1797, partie 3, ch. 7.

17. 1803 (R.-U.), 43 Geo. III, ch. 58.

18. 1837 (R.-U.), 1 Vict., ch. 85, art. 6.

19. Voir *R.* c. *Bourne*, [1939] 1 K.B. 687, [1938] 3 All E.R. 615 (C.C.C.).

20. *The Abortion Act 1967*, (R.-U.), 1967 ch. 87.

coupable d'un crime capital mais que le jury reconnaissait enceinte, devait être condamnée non pas à la peine de mort, mais à l'emprisonnement à perpétuité[21]. Cette règle est donc restée en vigueur jusqu'à l'abolition de la peine de mort[22] en 1965.

III. Le droit canadien

Le Canada d'avant 1867 a dans une très large mesure suivi l'exemple de l'Angleterre. Ainsi, en 1810, le Nouveau-Brunswick adopte un texte inspiré de la loi de lord Ellenborough, qui interdit l'avortement sauf lorsqu'il est pratiqué par la femme elle-même[23]. En 1836, des dispositions semblables entrent en vigueur à l'Île-du-Prince-Édouard[24]. En 1837, Terre-Neuve fait sien le droit pénal anglais, y compris les règles sur l'avortement[25]. En 1841, le Parlement du Haut-Canada interdit l'avortement, sans aucune distinction quant aux premiers mouvements du fœtus, par le moyen du *Offences against the Person Act*[26]. En 1842, la distinction relative aux premiers mouvements du fœtus est également abolie au Nouveau-Brunswick[27].

Jusqu'à ce moment-là, le crime d'avortement ne pouvait être reproché qu'à l'avorteur. Mais en 1849, le Nouveau-Brunswick décide de réprimer pénalement l'avortement pratiqué par la femme enceinte elle-même[28]. La Nouvelle-Écosse fait de même[29] en 1851 et légifère à nouveau en 1864 pour déclarer que l'infraction peut être poursuivie que la femme ait ou non été enceinte[30].

En 1867, le Parlement fédéral se voit conférer la compétence législative en matière de droit pénal. Il unifie donc en 1869 le droit pénal applicable à toutes les provinces et adopte sur l'avortement des dispositions identiques aux règles en vigueur au Nouveau-Brunswick; l'infraction est punissable de l'emprisonnement à perpétuité[31]. Enfin, le premier *Code criminel*[32] est édicté en 1892. Ce code renferme diverses dispositions qui

---

21. Voir *Kenny's Outlines of Criminal Law*, 17e éd., J.W.C. TURNER (dir.), Cambridge, Cambridge University Press, 1958, p. 575.

22. *Murder (Abolition of Death Penalty) Act 1965* (R.-U.), 1965, ch. 71.

23. S.N.B. 1810, ch. 2.

24. S.P.E.I. 1836, ch. 22, art. 8.

25. S.Nfld. 1837, ch. 4, art. 2.

26. *Statuts provinciaux du Canada* 1841, ch. 27, art. 13. Cette distinction a été abolie au Bas-Canada en 1859, *Statuts refondus de la Province du Canada*, ch. 91, art. 24.

27. S.N.B. 1842, ch. 33, art. 2.

28. S.N.B. 1849, ch. 29, art. 7.

29. R.S.N.S. 1851, ch. 162, art. 11.

30. R.S.N.S. 1864, ch. 164, art. 11.

31. S.C. 1869, ch. 20, art. 59, 60.

32. S.C. 1892, ch. 29.

touchent les infractions relatives à la naissance, dont les articles 271 et 272. Ainsi, selon le paragraphe 271(1), le fait de causer la mort d'un enfant qui n'est pas encore un être humain, d'une manière telle que cela aurait été un meurtre si l'enfant avait déjà été né constitue un acte criminel punissable de l'emprisonnement à perpétuité. Sans doute le législateur a-t-il ajouté cette disposition pour préciser que la destruction tardive du fœtus, si à proprement parler elle ne provoque pas une fausse couche ni par conséquent un avortement, n'en revêt pas moins un caractère criminel. La personne accusée de cette infraction peut, pour sa défense, faire valoir qu'elle a agi de bonne foi afin de préserver la vie de la mère (par. 271(2)). Et aux termes de l'article 272, constitue un crime punissable de l'emprisonnement à perpétuité la tentative de procurer l'avortement d'une femme, enceinte ou non; dans ce cas le moyen de défense fondé sur la bonne foi ne peut être invoqué.

Les dispositions régissant l'avortement ont subi d'importantes modifications en 1969. À cette époque, des réformes avaient été entreprises à ce sujet en Angleterre, aux États-Unis et dans d'autres pays occidentaux. De plus, la tragédie de la thalidomide avait amené bien des gens à s'interroger sur l'opportunité d'obliger la poursuite de la grossesse lorsque l'on s'attend à de graves malformations du fœtus. Les nouvelles dispositions (par. 251(4) et (5)) créaient une exception à la prohibition générale. Elles permettaient l'avortement à des fins thérapeutiques et prévoyaient la formation de comités pour la mise en œuvre de cette exception. Ces modifications — comme du reste l'ensemble de l'article régissant l'avortement — ont été déclarées inconstitutionnelles par la Cour suprême du Canada en 1988.

IV. Le problème du fœtus

Il existe comme on le voit une grande incertitude dans la société au sujet du statut juridique du fœtus, et ce phénomène tient en partie à la complexité du processus biologique dans son ensemble. Il découle également de la diversité des points de vue exprimés dans le passé et à l'heure actuelle sur ce sujet, et du fait que l'on ne s'entend pas sur la façon dont pourrait être réalisé un consensus en la matière.

Pour ce qui a trait à la complexité du processus biologique dans son ensemble, et bien que du point de vue génétique et biologique, la vie soit un continuum, certains critères reconnus permettent néanmoins de distinguer divers stades du développement :

Gamète (cellule germinale) — Chez le mâle : spermatozoïde;
Chez la femme : ovule (ou ovocyte).

Zygote (ovule fécondé) — Cellule unique résultant de la fécondation d'un ovule par le spermatozoïde.

Produit de la conception — Soit *a*) ensemble de cellules obtenues après les premières divisions du zygote;
Soit *b*) ensemble formé par l'embryon (ou le fœtus) et le placenta (ou les membranes) pendant le premier trimestre de la gestation.

Morula — Stade atteint environ trois ou quatre jours après la fécondation, où l'œuf prend l'aspect d'une petite mûre, formée par l'amas de trente-deux à cent cellules, qui flotte librement dans la cavité utérine.

Blastocyste — Stade où l'œuf se creuse d'une cavité centrale entourée d'une couche de plus de cent cellules. Seules trois ou quatre de ces cellules formeront l'embryon comme tel.

Implantation (ou nidation) — Processus qui débute environ une semaine après la fécondation et au cours duquel le produit de la conception (voir définition *a*) ci-dessus) se fixe sur la muqueuse utérine. La nidation est plus ou moins terminée quatorze jours après la fécondation.

Embryon — Stade de développement s'étendant entre la fécondation et la fin de l'organogénèse. À la fin de ce stade, l'organisme mesure environ 2,5 cm de long.

Fœtus — Stade du développement qui suit la période embryonnaire et se poursuit jusqu'à l'avortement ou la naissance. La transition entre le stade embryonnaire et le stade fœtal s'opère environ huit semaines après la fécondation et sept semaines après l'implantation.

Pour déterminer l'âge de l'embryon ou du fœtus, on peut partir du moment de la fécondation (habituellement incertain, sauf lorsqu'elle a lieu in vitro) ou du début de la dernière menstruation avant la grossesse (habituellement désignée DM). La DM est le point de repère le plus communément utilisé; la durée moyenne d'une grossesse menée à terme est ainsi de quarante semaines. Conformément aux méthodes employées par les spécialistes, l'âge du fœtus et les étapes de son développement sont toujours indiqués, dans le présent document, en nombre de semaines après la DM.

Ce n'est qu'à la huitième semaine environ que la tête et les membres sont clairement reconnaissables, bien que le cœur ait commencé à battre quelque temps auparavant (à la fin de la cinquième semaine). La transition entre le stade embryonnaire et le stade fœtal s'opère à la dixième semaine environ (soit huit semaines après la fécondation, sept semaines après la nidation) lorsque la plupart des organes essentiels sont formés.

Comment s'étonner alors de la diversité des points de vue sur le statut juridique du fœtus (ce terme étant utilisé au sens donné à la p. 3 ci-dessus)? Outre l'incertitude tenant à la complexité du développement biologique, l'importance relative que l'on attache aux étapes qui le jalonnent varie considérablement au sein de la société. Pour certains, le fœtus est une personne en miniature semblable à tous égards au nouveau-né (même s'il n'est pas «visible») et le droit ne devrait donc faire aucune distinction entre le bébé et l'enfant non encore né[33]. D'autres, estimant que le fœtus n'est pas une

33. Cette thèse a été plaidée avec succès par les demandeurs dans les affaires *Dehler* c. *Ottawa Civic Hospital et al.* (1979), 25 O.R. (2d) 748, 101 D.L.R. (3d) 686 (H.C.J.); et *Borowski* c. *Attorney General of Canada* (1983), 4 D.L.R. (4th) 112, [1984] 1 W.W.R. 15 (B.R. Sask.), conf. par [1987] 4 W.W.R. 385, (1987), 39 D.L.R. (4th) 731, 59 C.R. (3d) 223 (C.A. Sask.).

personne, souhaitent que le législateur tienne compte de la différence déterminante existant selon eux entre les êtres dont l'activité se limite à un développement biologique dans l'utérus, et ceux qui participent aux relations sociales hors du sein de la mère, et cela, tout particulièrement en cas de conflit entre les intérêts du fœtus et d'autres intérêts humains[34]. Enfin, certaines personnes défendent un point de vue à mi-chemin entre ces deux conceptions : elles considèrent le fœtus comme une personne virtuelle, assimilable à certains égards seulement à une personne, en définitive comme un être tout à fait spécial qui n'est pas simplement un amas de cellules humaines mais qui, la plupart du temps, ne peut être mis sur le même pied que la personne au sens habituel du terme[35].

Comme nous l'avons vu, l'incertitude qui entoure le fœtus et le nouveau-né se retrouve aussi dans l'histoire. Certaines sociétés ont vu dans l'avortement et l'infanticide des méthodes courantes et acceptables de contrôle des naissances. D'autres cultures ont interdit l'un et l'autre avec plus ou moins de vigilance et de sévérité.

On constate une semblable diversité d'attitudes dans le monde contemporain[36]. Dans son plus récent relevé, le *Alan Guttmacher Institute* répartit en quatre grandes catégories les solutions retenues dans les divers États du globe. Ainsi, 40 % environ de la population mondiale vit dans des pays où l'avortement est pratiqué sur demande, surtout au cours du premier trimestre (par exemple, la France, l'Italie, les États-Unis, l'Union Soviétique et la Chine). Ensuite, il y a les pays regroupant 25 % environ de la population mondiale, où l'avortement peut à toutes fins utiles être obtenu sur demande (comme la Grande-Bretagne, l'Inde, le Japon, la plupart des États socialistes d'Europe et certaines parties du Canada, avant l'arrêt *Morgentaler*). Par ailleurs, dans 25% des pays, l'avortement est carrément interdit ou n'est permis que dans la mesure où la vie de la mère est en jeu; ainsi en est-il des pays où les religions catholique romaine ou musulmane exercent une forte influence (par exemple, la Belgique, la république d'Irlande, Malte, près des deux tiers des pays d'Amérique Latine, la moitié de ceux d'Afrique et la plupart des États musulmans de l'Asie). Le reste de la population (10 % environ) vit dans des pays qui autorisent l'avortement même lorsque la vie de la mère

---

34. Voir M. TOOLEY, «Abortion and Infanticide» (1972), 2 *Philosophy and Public Affairs* 37; c'est l'exposé le plus clair de cette thèse. Voir également, M.A. WARREN, «On the Moral and Legal Status of Abortion», *The Monist*, vol. 57, n° 1, janv. 1973.

35. Voir R.M. HARE, «Abortion and the Golden Rule» (1975), 4 *Philosophy and Public Affairs* 212; D. CALLAHAN, *Abortion: Law, Choice and Morality*, New York, MacMillan, 1970; B. BRODY, «On the Humanity of the Fœtus», dans R.L. PERKINS (dir.), *Abortion: Pro and Con*, Cambridge (Mass.), Shenkman Pub., 1974.

36. Voir l'annexe A intitulée «La réglementation de l'avortement dans certains pays». Voir également C. TIETZE et S.K. HENSHAW, *Induced Abortion: A World Review*, New York, The Alan Guttmacher Institute, 1986, où l'on trouvera un bref résumé des textes de loi ainsi que des statistiques.

Pour un survol des lois régissant l'avortement dans les pays occidentaux, consulter : M.A. GLENDON, *Abortion and Divorce In Western Law*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1987.

On trouvera des analyses fouillées des règles régissant l'avortement en Espagne et en République fédérale d'Allemagne, respectivement, dans : R. STITH, «New Constitutional and Penal Theory in Spanish Abortion Law» (1987), 35 *American Journal of Comparative Law* 513, et «West German Abortion Decision: A contrast to Roe v. Wade» (1976), 9 *John Marshall Journal of Practice and Procedure* 605.

n'est pas en danger, mais uniquement pour des raisons de santé très précisément définies, ou parfois en cas de viol ou d'inceste.

Cette grande disparité n'a pourtant rien d'étonnant, parmi des nations aux origines et aux traditions si diverses. On parle moins souvent, par ailleurs, des changements tout aussi profonds qui marquent l'évolution des différentes sociétés. En Angleterre, comme nous l'avons vu, l'avortement était à l'origine considéré comme *misdemeanour*[37] s'il avait lieu avant les premiers mouvements du fœtus, et comme *felony* s'il avait lieu après; puis, il a constitué un *felony* dans tous les cas; par la suite, les tribunaux ont reconnu l'existence d'un moyen de défense restreint fondé sur l'état de nécessité[38]; récemment, le législateur a établi des exceptions de portée très large. Au Canada, le *Code criminel* comportait d'abord une prohibition similaire à celle en vigueur en Angleterre. Plus tard, le Parlement a institué certaines exceptions concernant l'avortement thérapeutique. Enfin, avec l'arrêt *Morgentaler*, toute interdiction a disparu du droit canadien.

D'autre part, l'incertitude relative au statut juridique du fœtus découle dans une certaine mesure de l'absence de consensus sur les principes qui doivent servir de base à l'édification d'un régime légal cohérent. Il est en effet essentiel que ces principes soient acceptés par la grande majorité des citoyens et commandent le respect social, ou alors prennent leur source dans d'autres principes répondant à ce critère. Ils devraient aussi être compatibles avec les intérêts de tous — la femme enceinte, le fœtus, la société dans son ensemble.

Or, il n'est pas facile de dégager de tels principes en se fondant sur des sondages d'opinion, sur des doctrines religieuses ou même sur la morale populaire. Le sondage d'opinion ne saurait en effet offrir une solution, car les techniques sur lesquelles il repose ne permettent pas à elles seules l'élaboration de principes. Elles permettent tout au plus de vérifier, par extrapolation des réponses obtenues, si ceux qui ont été formulés dans les questionnaires sont tenus pour acceptables par le public.

---

37. Voir COKE, *Institutes*, op. cit., note 16.

38. Voir *R.* c. *Bourne*, précité, note 19.

La doctrine religieuse ne s'avère guère plus utile[39]. D'une part, les principes fondés exclusivement sur des convictions religieuses risquent bien de ne susciter l'appui que des personnes partageant la foi en cause. Or dans les pays comme le Canada, il n'existe pas véritablement de religion jouissant de l'adhésion de la majorité, de très nombreux citoyens n'en pratiquant aucune. D'autre part, le fait d'imposer des principes s'inspirant de telle ou telle religion risquerait de porter atteinte non seulement à la tolérance caractérisant notre démocratie pluraliste, mais aussi à nos traditions de laïcité et de coexistence respectueuse de l'Église et de l'État.

Par ailleurs, on s'expose à de terribles difficultés même en adoptant une perspective fondée sur la morale populaire. La plupart des gens s'entendent, il faut en convenir, sur deux points : premièrement, pour ce qui a trait à la protection du fœtus et en particulier au problème de l'avortement, la question essentielle concerne le caractère humain du fœtus, son statut de personne sur le plan moral[40]; deuxièmement, c'est nécessairement à une étape précise du développement du fœtus que se produit, du moins sur le plan juridique, son accession au genre humain, à ce statut de personne.

Cela posé, deux questions surgissent. D'abord, à quel moment précis le fœtus devient-il une personne — dès la conception, à l'étape de la nidation, au début de l'activité cérébrale spontanée, à la fin de l'organogénèse, aux premiers mouvements du fœtus, au moment où il devient viable, à la naissance? Si certaines de ces étapes revêtent une importance intrinsèque, alors que l'intérêt des autres tient à ce qu'elles témoignent de l'existence virtuelle d'un être humain, toutes sont néanmoins liées à

---

39. Les principales Églises canadiennes ont des positions qui diffèrent fortement les unes des autres. En août 1988, le Conseil général de l'Église unie du Canada a réaffirmé la position exprimée en 1980 au sujet de l'avortement. On recommande le retrait du *Code criminel* de toutes les dispositions ayant trait à l'avortement accompli au cours des vingt premières semaines : «Contraception and Abortion: A Statement of the 28th General Concil of the United Church of Canada», United Church Publishing House, août 1980. L'Église anglicane du Canada a pour sa part mis sur pied un groupe de travail chargé de faire des recommandations à la suite de la décision de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Morgentaler*. L'Église accepte l'avortement pour des motifs thérapeutiques et propose l'adoption de dispositions exigeant l'approbation de deux médecins, un processus de consultation, une période d'attente entre la consultation initiale et l'exécution de l'avortement, et la tenue de dossiers. On peut trouver le texte de la position de l'Église anglicane dans le rapport du groupe de travail adressé au Conseil exécutif daté du 13 mai 1988. De son côté, l'Église catholique romaine estime que le fait de tuer directement un enfant non encore né est toujours répréhensible et considère comme immorales les règles admettant la légitimité de l'avortement. La position de l'Église catholique a été exprimée dans une déclaration du Vatican datée de 1974. L'Église baptiste a quant à elle exprimé sa position à l'assemblée de l'Union baptiste de l'Ouest canadien, à Winnipeg en avril 1988. Elle presse le Parlement fédéral d'enchâsser les droits de l'enfant nouveau-né dans la Charte et d'adopter des dispositions législatives en vue de protéger les droits de ces enfants à titre de personnes. La lecture de certains textes théologiques pourra également éclairer cette question : D.M FELDMAN, «Abortion-Rabbinic Comment» (1984), 51 *Mount Sinai Journal of Medicine* 20; J.T. NOONAN, «An Almost Absolute Value in History» (1985), 11 *Human Life Review* 125; G. BRENNEMAN, «Abortion: Review of Mennonite Literature 1970-1977» (1979), 53 *Mennonite Quaterly Review* 160; L.J. NELSON, «The Churches and Abortion Law Reform», dans L.J. NELSON (dir.), *The Death Decision*, Ann Arbour (Mich.), Servant Books, 1984, 29; A. STEINBERG, «Induced Abortion According to Jewish Law» (1981), 1 *Journal of Halacha and Contemporary Society* 29; voir également W. GOODMAN, «Troublesome Abortion Issue: Theological Roots Spread Wide and Deep», *New York Times*, 8 sept. 1984, p. 29.

40. Au sujet de ce débat, voir : J. ENGLISH, «Abortion and the Concept of a Person» (1975), 5 *Canadian Journal of Philosophy* 233; B. BRODY, *loc. cit.*, note 35; M.A. WARREN, *loc. cit.*, note 34; voir également les références contenues dans les documents cités ci-dessus.

l'idée que l'on se fait de ce qui est proprement humain et partant digne de respect. Pour telle personne, le moment crucial résidera dans la conception, parce que la seule possession du génotype humain, ou le fait d'être capable d'acquérir les caractéristiques de l'être humain, marque l'accession à la personnalité. Telle autre choisira plutôt le début de l'activité neurologique, estimant que le trait distinctif du genre humain réside dans l'accomplissement intellectuel. Une troisième personne retiendra quant à elle la naissance comme moment déterminant, en faisant valoir que l'humain est essentiellement un être social et que, partant, le fœtus enfermé dans l'utérus n'est pas encore une véritable personne à part entière.

Ensuite, comment peut-on parvenir à un consensus sur la question qui précède? Les progrès de la biologie en matière de gestation et de développement du fœtus n'ont pas permis de résoudre le problème moral de l'avortement, bien que chacun des camps en présence ait pu invoquer plus d'une découverte scientifique à l'appui de son point de vue. En effet, les partisans d'une thèse, quelle qu'elle soit, sont rarement disposés à admettre qu'ils pourraient épouser un point de vue différent à la lumière des progrès de la biologie. Car après tout, les principaux éléments de la controverse revêtent un caractère plutôt moral que scientifique. Les points de désaccord ne portent pas sur les faits touchant le développement du fœtus, mais bien sur l'appréciation de ces faits.

S'agissant de la situation du fœtus sur le plan moral, par conséquent, il y a incertitute non seulement au niveau de la ligne de démarcation à retenir, mais aussi sur l'approche qui doit guider la résolution du problème. Or, l'existence de ce second niveau d'incertitude montre bien la gravité de l'atteinte à la liberté de conscience individuelle qui se produirait si la loi imposait telle ou telle ligne de démarcation aux tenants d'une autre thèse. Car le législateur se verrait à cause d'elle obligé de recourir au commandement plutôt qu'à la persuasion. Un groupe de personnes retient telle ligne de démarcation, pour des motifs d'ordre religieux par exemple, un deuxième en choisit une autre pour des raisons d'ordre scientifique et un troisième en retient une dernière en se fondant sur ce qui à ses yeux caractérise le genre humain. Tous ces points de vue sont sincères, logiques, et s'accordent avec les principes fondamentaux de notre société. Ils sont pourtant irréconciliables dans une large mesure, parce qu'ils reposent sur des définitions différentes de la personne et de sa place dans la nature.

L'existence de telles divergences sur des questions relevant de la morale montre les limites de la loi en tant qu'instrument de coercition. En faisant primer un point de vue moral défendable, l'État rejette les autres, avec les croyances religieuses qui éventuellement les sous-tendent. Or dans une société comme la nôtre, où l'on accorde un prix élevé à la liberté de conscience et à l'autonomie individuelle, il faut manifestement éviter que l'État impose un point de vue moral, si défendable soit-il, aux personnes qui épousent en toute sincérité une conception différente mais du reste parfaitement légitime.

Comme dans tout autre domaine, il y a lieu de recourir au droit pénal avec modération. Il serait inopportun d'y faire appel pour proscrire l'avortement dans des cas où il est tenu pour moralement défendable par la majorité des gens. Cela ne veut pas dire, toutefois, que l'on ne peut utiliser le droit pénal pour protéger le fœtus

lorsque sa destruction est totalement injustifiée. On ne saurait non plus se réclamer de la modération pour prétendre que l'avortement est nécessairement la seule ou la meilleure solution pour les femmes enceintes contre leur volonté, ou encore que l'État doit renoncer, dans la recherche du bien commun, à protéger l'enfant non encore né par des moyens non coercitifs.

Après tout, personne dans notre société ne regarde la destruction du fœtus comme une chose bonne en soi, et cela malgré les divergences de vues au sujet de l'avortement. Au contraire, même les partisans les plus ardents du libre choix y voient simplement un moyen nécessaire pour mettre fin aux grossesses non désirées, et reconnaissent le caractère souvent déchirant de la décision. Pour la plupart des gens, toutefois, la meilleure solution consiste d'abord dans un meilleur planning familial. D'autre part, la société doit fournir un appui efficace aux femmes enceintes, afin qu'elles puissent envisager d'une manière réaliste de poursuivre leur grossesse et d'élever l'enfant sans s'imposer une charge insupportable. Par conséquent, au lieu de fustiger les femmes qui recourent à l'avortement et les médecins qui les aident, nous devrions tenter, grâce à un système adéquat d'aide sociale, de leur offrir des solutions de rechange réalistes, en améliorant les services de garderie, en luttant contre la discrimination dont les mères célibataires sont la cible et en assurant la protection efficace des emplois et des chances d'avancement au travail pour les femmes bénéficiant de congés de maternité.

Par ailleurs, le droit pénal peut très bien contribuer à empêcher la destruction injustifiée des enfants à naître. En premier lieu, l'incertitude morale découlant des conflits entre les intérêts du fœtus et ceux de la mère ne se pose pas au regard des droits des tiers; dans ce cas, le droit pénal peut certainement remplir une fonction utile. En deuxième lieu, dans la recherche de l'équilibre souhaitable entre les intérêts du fœtus et ceux de la mère, il est primordial de tenir compte de l'évolution que connaissent les rapports entre la femme enceinte et son fœtus à mesure que la naissance approche et que le fœtus est près d'accéder au statut de personne. Par conséquent, les arguments fondés sur l'autonomie de la mère deviennent plus difficiles à soutenir aux derniers stades de la grossesse. On pourra alors juger parfaitement défendable la répression pénale de l'avortement, à moins qu'il existe des raisons légitimes pour subordonner la vie du fœtus aux intérêts de la mère.

En conclusion, il est nécessaire d'accorder au fœtus tout au moins une certaine protection, différente de celle dont jouit l'enfant après sa naissance, mais s'intensifiant au fur et à mesure de son développement[41].

---

41. D'après un sondage Angus Reid effectué les 17 et 23 février 1988, 73 % des répondants croient que l'enfant nouveau-né devrait bénéficier d'une certaine forme de protection juridique. 52 % se sont déclarés opposés à l'avortement après les douze premières semaines, et 63 %, après les dix-huit premières semaines.

Un sondage Gallup du 7 mai 1988 indique que 60 % des répondants conviennent que l'avortement devrait faire l'objet de certaines restrictions.

Les sondages effectués aux États-Unis vont dans le même sens : *Public Opinion*, avril/mai 1985, pp. 25-28, 53-55; J.A. DAVIS, *General Social Surveys 1972-1985*, Chicago, National Opinion Research Center, 1985.

CHAPITRE DEUX

Les dispositions actuelles — leurs défauts

I. Le *Code criminel* actuel

Les règles du droit pénal canadien qui intéressent le fœtus et le nouveau-né sont exprimées dans un grand nombre de dispositions du *Code criminel* actuel; nous en donnons le texte ci-dessous. Par souci d'exhaustivité, nous avons inclus l'article 251 sur l'avortement, déclaré inconstitutionnel, et l'article 252 qui risque de l'être à son tour. On trouvera donc ci-dessous les articles concernant : le fait de causer la mort et des lésions corporelles par négligence criminelle, la définition du terme «être humain» applicable en matière d'homicide, l'infanticide, le fait de tuer un enfant pendant sa naissance, la négligence à se procurer de l'aide lors de l'enfantement, la suppression de part, l'avortement et le fait d'administrer des substances délétères. Nous n'avons toutefois pas reproduit intégralement les longues dispositions régissant l'homicide, malgré leur relative pertinence; nous avons simplement indiqué le titre et le numéro d'article. Voici donc le texte des dispositions en cause :

202. (1) Est coupable de négligence criminelle quiconque,

a) en faisant quelque chose, ou

b) en omettant de faire quelque chose qu'il est de son devoir d'accomplir,

montre une insouciance déréglée ou téméraire à l'égard de la vie ou de la sécurité d'autrui.

(2) Aux fins du présent article, l'expression «devoir» signifie une obligation imposée par la loi.

203. Est coupable d'un acte criminel et passible de l'emprisonnement à perpétuité, quiconque, par négligence criminelle, cause la mort d'une autre personne.

204. Est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement de dix ans, quiconque, par négligence criminelle, cause des lésions corporelles à autrui.

(205. Homicide.)

206. (1) Un enfant devient un être humain au sens de la présente loi lorsqu'il est complètement sorti, vivant, du sein de sa mère,

a) qu'il ait respiré ou non;

b) qu'il ait ou non une circulation indépendante; ou

c) que le cordon ombilical soit coupé ou non.

(2) Commet un homicide, quiconque cause à un enfant, avant ou pendant sa naissance, des blessures qui entraînent sa mort après qu'il est devenu un être humain.

(207. Lorsque la mort aurait pu être empêchée.)

(208. Mort découlant du traitement de blessures.)

(209. Hâter la mort.)

(210. Mort survenue dans l'an et jour.)

(211. Homicide par influence sur l'esprit.)

(212. Meurtre.)

(213. Infraction accompagnée d'un meurtre.)

(214. Classification du meurtre.)

(215. Meurtre réduit à un homicide involontaire coupable.)

216. Une personne du sexe féminin commet un infanticide lorsque, par un acte ou omission volontaire, elle cause la mort de son enfant nouveau-né, si au moment de l'acte ou omission elle n'est pas complètement remise d'avoir donné naissance à l'enfant et si, de ce fait ou par suite de la lactation consécutive à la naissance de l'enfant, son esprit est alors déséquilibré.

(217. Homicide involontaire coupable.)

(218. Peine pour meurtre.)

(219. Punition de l'homicide involontaire coupable.)

(220. Punition de l'infanticide.)

221. (1) Est coupable d'un acte criminel et passible d'emprisonnement à perpétuité, toute personne qui, au cours de la mise au monde, cause la mort d'un enfant qui n'est pas devenu un être humain, de telle manière que, si l'enfant était un être humain, cette personne serait coupable de meurtre.

(2) Le présent article ne s'applique pas à une personne qui, par des moyens que, de bonne foi, elle estime nécessaires pour sauver la vie de la mère d'un enfant, cause la mort d'un enfant.

(222. Tentative de meurtre.)

(223. Complice de meurtre après le fait.)

226. Est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement de cinq ans, une personne de sexe féminin qui, étant enceinte et sur le point d'accoucher, avec l'intention d'empêcher l'enfant de vivre ou dans le dessein de cacher sa naissance, néglige de prendre des dispositions en vue d'une aide raisonnable pour son accouchement, si l'enfant subit, par là, une lésion permanente ou si, par là, il meurt immédiatement avant, pendant ou peu de temps après sa naissance.

227. Est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement de deux ans, quiconque, de quelque manière, fait disparaître le cadavre d'un enfant dans l'intention de cacher le fait que sa mère lui a donné naissance, que l'enfant soit mort avant, pendant ou après la naissance.

251. (1) Est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement à perpétuité, quiconque, avec l'intention de procurer l'avortement d'une personne du sexe féminin, qu'elle soit enceinte ou non, emploie quelque moyen pour réaliser son intention.

(2) Est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement de deux ans, toute personne du sexe féminin qui, étant enceinte, avec l'intention d'obtenir son propre avortement, emploie, ou permet que soit employé quelque moyen pour réaliser son intention.

(3) Au présent article, l'expression «moyen» comprend

a) l'administration d'une drogue ou autre substance délétère,

b) l'emploi d'un instrument, et

c) toute manipulation.

(4) Les paragraphes (1) et (2) ne s'appliquent pas

a) à un médecin qualifié, autre qu'un membre d'un comité de l'avortement thérapeutique de quelque hôpital, qui emploie de bonne foi, dans un hôpital accrédité ou approuvé, quelque moyen pour réaliser son intention de procurer l'avortement d'une personne du sexe féminin, ou

b) à une personne du sexe féminin qui, étant enceinte, permet à un médecin qualifié d'employer, dans un hôpital accrédité ou approuvé, quelque moyen mentionné à l'alinéa *a*) aux fins de réaliser son intention d'obtenir son propre avortement,

si, avant que ces moyens ne soient employés, le comité de l'avortement thérapeutique de cet hôpital accrédité ou approuvé, par décision de la majorité des membres du comité et lors d'une réunion du comité au cours de laquelle le cas de cette personne du sexe féminin a été examiné,

c) a déclaré par certificat qu'à son avis la continuation de la grossesse de cette personne du sexe féminin mettrait ou mettrait probablement en danger la vie ou la santé de cette dernière, et

d) a fait remettre une copie de ce certificat au médecin qualifié.

(5) Le ministre de la Santé d'une province peut, par ordonnance,

a) requérir un comité de l'avortement thérapeutique de quelque hôpital, dans cette province, ou un membre de ce comité, de lui fournir une copie d'un certificat mentionné à l'alinéa (4)*c*) émis par ce comité, ainsi que les autres renseignements qu'il peut exiger au sujet des circonstances entourant l'émission de ce certificat, ou

b) requérir un médecin qui, dans cette province, a procuré l'avortement d'une personne de sexe féminin nommée dans un certificat mentionné à l'alinéa (4)*c*), de lui fournir une copie de ce certificat, ainsi que les autres renseignements qu'il peut exiger au sujet de l'obtention de l'avortement.

(6) Aux fins des paragraphes (4) et (5) et du présent paragraphe,

«comité de l'avortement thérapeutique» d'un hôpital désigne un comité formé d'au moins trois membres qui sont tous des médecins qualifiés, nommé par le conseil de cet hôpital pour examiner et décider les questions relatives aux arrêts de grossesse dans cet hôpital;

«conseil» désigne le conseil des gouverneurs, le conseil de direction ou le conseil d'administration ou les *trustees*, la commission ou une autre personne ou un autre groupe de personnes ayant le contrôle et la direction d'un hôpital accrédité ou approuvé;

«hôpital accrédité» désigne un hôpital accrédité par le Conseil canadien d'accréditation des hôpitaux, dans lequel sont fournis des services de diagnostic et des traitements médicaux, chirurgicaux et obstétricaux;

«hôpital approuvé» désigne un hôpital approuvé aux fins du présent article par le ministre de la Santé de la province où il se trouve;

«médecin qualifié» désigne une personne qui a le droit d'exercer la médecine en vertu des lois de la province dans laquelle est situé l'hôpital mentionné au paragraphe (4);

«ministre de la Santé» désigne

a) dans la province d'Ontario, de Québec, du Nouveau-Brunswick, du Manitoba, de Terre-Neuve et de l'Île-du-Prince-Édouard, le ministre de la Santé;

a.1) dans la province d'Alberta, le ministre de la Santé (hôpitaux et assurance-maladie);

b) dans la province de Colombie-Britannique, le ministre des Services de santé et de l'assurance-hospitalisation,

c) dans les provinces de Nouvelle-Écosse et de Saskatchewan, le ministre de la Santé publique, et,

d) dans le territoire du Yukon, et les territoires du Nord-Ouest, le ministre de la Santé nationale et du Bien-être social.

(7) Rien au paragraphe (4) ne doit s'interpréter de manière à faire disparaître la nécessité d'obtenir une autorisation ou un consentement qui est ou peut être requis, autrement qu'en vertu de la présente loi, avant l'emploi de moyens destinés à réaliser une intention de procurer l'avortement d'une personne du sexe féminin.

252. Est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement de deux ans, quiconque illégalement fournit ou procure une drogue ou autre substance délétère, ou un instrument ou une chose, sachant qu'elle est destinée à être employée ou utilisée pour obtenir l'avortement d'une personne du sexe féminin, que celle-ci soit enceinte ou non.

590. Lorsqu'une personne du sexe féminin est accusée d'infanticide et que la preuve démontre qu'elle a causé la mort de son enfant, mais n'établit pas que, au moment de l'acte ou omission par quoi elle a causé la mort de l'enfant,

a) elle ne s'était pas complètement remise d'avoir donné naissance à l'enfant ou de la lactation consécutive à la naissance de l'enfant, et

b) son esprit était alors déséquilibré par suite de la naissance de l'enfant ou de la lactation consécutive à la naissance de l'enfant,

elle peut être déclarée coupable, à moins que la preuve n'établisse que l'acte ou omission n'était pas volontaire.

II. Les défauts des règles actuelles

La simple lecture de ces dispositions fait ressortir nombre de leurs défauts. Elles sont présentées d'une manière inutilement compliquée, leur formulation est loin d'être claire, l'ensemble présente des incohérences et relativement au fœtus, les lacunes sont nombreuses. En outre, elles s'avèrent de plus en plus inadéquates au regard des faits récents sur les plans médical, social et constitutionnel.

A. La présentation inutilement compliquée

Sous le rapport de la forme, ce qui frappe avant tout, c'est le nombre et la complexité des dispositions actuelles. Cette complexité s'explique par cinq facteurs. Elle tient en premier lieu à ce que le législateur a choisi de répartir les victimes de ces infractions dans différentes catégories : celles qui ne sont pas encore nées et celles qui le sont déjà; parmi ces dernières, d'une part, les victimes d'un homicide ordinaire et les victimes d'un infanticide (nouveau-nés); parmi les victimes non encore nées, d'autre part, celles qui sont tuées avant la naissance et celles qui sont tuées pendant l'accouchement. À ces catégories secondaires sont attachés quatre types différents de

crimes définis dans diverses dispositions disséminées dans le Code : homicide, infanticide, fait de tuer un enfant pendant la naissance, avortement.

En second lieu, la complexité découle du chevauchement des dispositions du Code. Prenons tout d'abord le cas de l'homicide. Comme la Commission l'a souligné dans son document de travail n° 33 traitant de ce crime[42], deux problèmes se posent à cet égard. Tout d'abord, il y a coïncidence totale entre l'homicide involontaire coupable défini par la common law et l'article 217, d'une part, et le crime prévu à l'article 203 (le fait de causer la mort par négligence criminelle) d'autre part, ainsi qu'une extrême imprécision de la notion de négligence criminelle à l'article 202 : alors que les articles 202 à 204 figurent sous la rubrique «négligence criminelle», il est question à l'article 202 de «montre[r] *une insouciance déréglée ou téméraire* à l'égard de la vie ou de la sécurité d'autrui», c'est-à-dire de la témérité (les italiques sont de nous).

Ensuite, on observe un chevauchement entre le crime consistant à causer la mort d'autrui par négligence criminelle (art. 203) et le fait de tuer, au cours de la mise au monde, un enfant non encore né (art. 221). Pour l'application de l'article 203, on a considéré comme une personne un fœtus à terme qui est engagé dans le processus de la naissance[43], alors qu'on ne l'assimile pas à un être humain pour l'application des dispositions relatives à l'homicide. Par conséquent, le fait de tuer un fœtus pendant la mise au monde pourrait actuellement constituer en même temps deux infractions différentes, dont l'une (le fait de causer la mort par négligence criminelle) n'est pas directement touchée par l'arrêt *Morgentaler*.

Il faut parler en troisième lieu de l'organisation tortueuse des dispositions sur l'homicide elles-mêmes. La Commission a traité cette question en long et en large dans son document de travail n° 33[44], et son rapport n° 31, *Pour une nouvelle codification du droit pénal* (édition révisée et augmentée)[45], et elle a suggéré certaines améliorations. Nous nous intéresserons uniquement ici à l'infanticide, qui touche de très près notre sujet et qui fait actuellement l'objet de dispositions prêtant à la critique. Pour commencer, l'infraction est régie par deux articles insérés dans des chapitres tout à fait différents du Code, soit les articles 216 et 590. Deuxièmement, l'infanticide est défini à l'article 216 comme le fait pour une femme de tuer son enfant nouveau-né tandis que son esprit est déséquilibré par suite de la lactation ou de l'accouchement, alors que l'article 590 autorise une condamnation pour infanticide sans qu'ait été établi le déséquilibre mental; la contradiction est manifeste. Troisièmement, comme le soulignait la Commission[46] dans son document de travail n° 33, la science médicale ne permet

---

42. COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *L'homicide*, Document de travail n° 33, Ottawa, Approvisionnements et Services Canada, 1984, p. 26.

43. Voir *R.* c. *Marsh*, [1979] 2 C.C.C. (3d) 1 (C. comté, C.-B.). Cette interprétation a été jugée erronée dans l'arrêt *R.* c. *Sullivan*, [1988] B.C.J. n° 1494 (C.A. C.-B.). Toutefois, la Cour suprême du Canada n'a pas encore tranché la question.

44. *Op. cit.*, note 42.

45. COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *Pour une nouvelle codification du droit pénal — édition révisée et augmentée*, Rapport n° 31, Ottawa, CRD, 1987.

46. *Op. cit.*, note 42, p. 86.

pas de conclure à un lien certain entre le déséquilibre mental et les effets de l'accouchement ou de la lactation.

En quatrième lieu, la présence d'infractions complémentaires vient encore compliquer les choses. Outre les deux crimes principaux — avortement et fait de tuer un enfant pendant la mise au monde — on relève les trois infractions suivantes : négligence à se procurer de l'aide lors de l'enfantement (art. 226), suppression de part (art. 227) et fourniture de substances délétères (art. 252). La première, dont la constitution exige que l'enfant subisse une lésion permanente ou meure immédiatement avant ou peu de temps après sa naissance, pourrait être présentée plus simplement dans le cadre d'une règle générale interdisant de tuer le fœtus ou de lui causer un préjudice corporel. La deuxième, qui consiste à faire disparaître le cadavre d'un enfant dans l'intention de cacher le fait que sa mère lui a donné naissance, équivaut essentiellement à la complicité après le fait en matière d'homicide, d'avortement ou de meurtre commis durant la naissance, et devrait donc être intégrée aux dispositions définissant ces infractions. La troisième, soit la fourniture de substances délétères, complète l'infraction principale prévue à l'article 251. Or, maintenant que celui-ci a été déclaré inconstitutionnel, on peut s'interroger sur la portée de l'infraction définie à l'article 252.

En cinquième lieu, la complexité découle de l'application de dispositions comme celles des articles 203, 204, 205, et 216 lorsque la mort ou le préjudice corporel résulte d'une omission. Car si une bonne partie des règles subtiles du droit pénal général sur cette question sont contenues aux articles 197 à 202 du Code, soit immédiatement avant les dispositions sur l'homicide, la plupart cependant sont énoncées dans la jurisprudence et les principes théoriques de la common law[47].

B. Le manque de clarté

Il est aussi de notoriété que les dispositions en cause baignent dans la confusion. À preuve, par exemple, la signification donnée aux termes «être humain», «personne» et «santé» dans l'ensemble de ce chapitre du Code; à preuve également le sens du terme «avortement» à l'article 251.

Prenons tout d'abord l'expression «être humain». Ce terme, employé pour décrire la victime de l'homicide, est défini à l'article 206 de façon à viser notamment l'enfant qui «est complètement sorti, vivant, du sein de sa mère, qu'il ait respiré ou non, qu'il ait ou non une circulation indépendante ou que le cordon ombilical soit coupé ou non». Mais qu'en est-il du fœtus qui a été temporairement retiré du sein de la mère pour une

47. Voir, d'un point de vue général, COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *L'omission, la négligence et la mise en danger*, Document de travail n° 46, Ottawa, CRDC, 1985. Voir également : *R.* c. *McLoed*, [1941] R.C.S. 228, 75 C.C.C. 305, [1941] 1 D.L.R. 773; *R.* c. *Colucci*, [1965] 2 O.R. 665, [1965] 4 C.C.C. 56, 46 C.R. 256 (C.A.); *R.* c. *Kylsant*, [1932] 1 K.B. 442 (C.C.A.); J.C. SMITH et B. HOGAN, *Criminal Law*, 5e éd., Londres, Butterworths, 1983, pp. 43-47; G. WILLIAMS, *Textbook of Criminal Law*, 2e éd., Londres, Stevens and Sons, 1983, pp. 148-153; A.W. MEWETT et M. MANNING, *Criminal Law*, 2e éd., Toronto, Butterworths, 1985, pp. 78-85.

intervention chirurgicale et y a été replacé par la suite? de l'embryon que l'on a retiré de l'utérus pour le mettre dans une boîte de Petri? de l'embryon produit par la fertilisation in vitro d'un ovule? Si la réponse est incertaine dans le dernier cas, elle est inéluctable dans les deux autres : le fœtus vivant retiré de l'utérus à quelque stade remplit tous les critères de l'article 206, parce qu'il «est complètement sorti, vivant, du sein de sa mère». Mais au moment où il est retiré de l'utérus, ce fœtus devient-il irrévocablement un être humain pour l'application des dispositions sur l'homicide, ou le devient-il temporairement, seulement jusqu'à sa réinsertion? Par ailleurs, la destruction d'un embryon fertilisé in vitro ou in utero, puis placé dans une boîte de Petri constitue-t-elle un homicide?

Deuxièmement, nous avons vu que le mot «personne», pour les fins de l'infraction consistant à causer la mort par négligence criminelle (art. 203), a été considéré comme visant notamment le fœtus à terme et vivant[48]; or ce mot est utilisé dans la définition de nombreuses autres infractions — fait de causer des lésions corporelles par négligence criminelle (art. 204), voies de fait (art. 245), infliction illégale de lésions corporelles (art. 245.3), torture (art. 245.4) et enlèvement (art. 247), pour n'en citer que quelques-unes. Faut-il en conclure que ces crimes peuvent aussi être commis à l'égard d'un fœtus à terme et vivant? Peuvent-ils également être commis à l'égard d'un fœtus avant le terme de la grossesse?

Troisièmement, le mot «santé». L'ancien article sur l'avortement, invalidé par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Morgentaler* (1988), autorisait l'avortement lorsque la poursuite de la grossesse constituait une menace pour la vie ou la santé de la mère[49]. Mais qu'est-ce que la santé? Vu l'absence de définition dans le Code, certains estiment qu'il ne s'agit que de la santé physique, d'autres lui donnent un sens plus large et d'autres enfin — notamment la plupart des médecins — retiennent la définition adoptée par l'Organisation mondiale de la santé et la considèrent comme «un état de complet bien-être physique, mental et social ne consistant pas seulement en une absence de maladie ou d'infirmité».

Finalement, le mot «avortement». L'article 251 du Code interdit l'avortement, sauf en certaines circonstances. Mais qu'entend-on par «avortement»? Le paragraphe 251(1) dispose que «quiconque, avec l'intention de procurer l'avortement d'une personne du sexe féminin [...] emploie quelque moyen pour réaliser son intention», est coupable d'un acte criminel, tandis qu'aux termes du paragraphe 251(2), est coupable d'un acte criminel «toute personne du sexe féminin qui, étant enceinte, avec l'intention d'obtenir son propre avortement emploie, ou permet que soit employé quelque moyen pour réaliser son intention». Or, si le mot «avortement» n'est défini nulle part dans le Code, le terme utilisé dans la version anglaise, *miscarriage*, montre que l'article 251

48. Voir *supra*, note 43.

49. Le juge en chef Dickson, en déclarant l'article 251 inconstitutionnel, a conclu que dans la pratique, cette disposition porte clairement atteinte à l'intégrité corporelle et psychologique de la femme et viole ainsi l'article 7 de la Charte, qui consacre le droit à la sécurité de la personne (pp. 53-62). Le juge Beetz a déclaré pour sa part que la sécurité de la personne comporte le droit d'accès au traitement médical, sans craindre la sanction pénale, relativement à tout état qui constitue un danger pour la vie ou la santé (pp. 89-91). Arrêt précité, note 7.

concerne l'expulsion prématurée du fœtus avant qu'il soit suffisamment développé pour être viable. Pourtant, le mot «avortement» (en anglais *abortion*) désigne souvent d'autres méthodes visant à empêcher la naissance d'un enfant vivant; citons à cet égard Glanville Williams :

> [TRADUCTION]
> En droit, le terme avortement désigne le «fœticide» : soit la destruction intentionnelle du fœtus dans le sein de la mère, ou l'expulsion prématurée provoquée dans l'intention de causer la mort du fœtus[50].

Selon cette conception, l'avortement pourrait viser non seulement les actes dont il est question à l'article 251, mais également des actes qui relèvent plus justement de l'article 221 (fait de tuer un enfant au cours de la mise au monde), ainsi que des méthodes récentes d'interruption de la grossesse qui entraînent la mort de fœtus mesurant jusqu'à quatre centimètres de long et leur absorption par l'organisme de la mère, sans expulsion à proprement parler[51].

C. Le manque de cohérence

Cela nous amène à parler d'un certain manque de cohérence dans les dispositions en question. Ainsi, celles qui ont trait à l'avortement présentent de curieuses anomalies au regard de celles qui régissent l'homicide, en particulier le paragraphe 206(2), aux termes duquel «[c]ommet un homicide, quiconque cause à un enfant, avant ou pendant sa naissance, des blessures qui entraînent sa mort après qu'il est devenu un être humain[52]». Comme l'explique le juge en chef Dickson dans l'arrêt *Morgentaler*, la méthode d'avortement habituellement utilisée au Canada à partir de la seizième semaine de grossesse est la méthode médicamenteuse, qui «requiert l'introduction dans le liquide amniotique de prostaglandine, d'urée ou d'une solution saline qui provoque les contractions; la femme accouche d'un fœtus, habituellement mort-né, encore que ce ne soit pas toujours le cas[53]». Mais si le fœtus naît vivant, et qu'il meure par la suite à cause du procédé utilisé, le médecin n'est-il pas carrément coupable d'homicide, indépendamment du but thérapeutique visé et de l'inconstitutionnalité des dispositions sur l'avortement?

---

50. WILLIAMS, *op. cit.*, note 47, p. 292.

51. Voir : «Selective Termination in Quintuplet Pregnancy During First Trimester», *The Lancet*, 21 juin 1986, p. 1447 et «Assisted Reproduction and Selective Reduction of Pregnancy», *The Lancet*, 12 décembre 1987, p. 1409.

52. Voir *R.* c. *Prince*, [1986] 2 R.C.S. 480, où il a été établi que le fait d'infliger à une femme enceinte une blessure entraînant la mort de l'enfant après sa naissance pouvait constituer deux crimes distincts : (1) avoir causé des lésions corporelles à la mère et (2) homicide involontaire coupable à l'égard de l'enfant décédé.

53. Arrêt précité, note 7, p. 58; voir le rapport Badgley, *op. cit.*, note 2, pp. 306-309; STATISTIQUE CANADA, *Avortements thérapeutiques, 1985*, Ottawa, Approvisionnements et Services Canada, 1986, p. 43; *Rapport sur l'avortement thérapeutique en Ontario — Enquête ordonnée par le ministère de la Santé*, Toronto, Le Ministère, 1987 (M. Powell, commissaire).

Il y a là un incontestable manque de logique. Car si le médecin commet alors un homicide, suivant l'argument présenté ci-dessus, ne peut-on en conclure que les règles régissant l'homicide sont incompatibles avec l'article sur l'avortement et la décision *Morgentaler*? À l'inverse, s'il ne s'agit pas d'un homicide, ce résultat n'est-il pas incompatible avec les actuelles dispositions relatives à l'homicide? Malgré l'arrêt *Morgentaler*, donc, quiconque exécute un avortement thérapeutique pourrait vraisemblablement être déclaré coupable dans certains cas du crime d'homicide pour avoir causé la mort du fœtus après la naissance.

Par ailleurs, l'article 221 semble présenter, depuis l'arrêt *Morgentaler*, une certaine incohérence ou tout au moins un élément de doute, car une alternative se présente inévitablement. Ou bien le mot avortement embrasse le fait de tuer un enfant pendant la mise au monde, auquel cas l'article 221 serait tout aussi inconstitutionnel et incompatible avec la Charte que l'article 251. Ou bien il exclut cette action, et alors l'article 221 ne contrevient pas nécessairement à la Charte, et l'arrêt *Morgentaler* n'a pas toute la portée que lui prêtent les partisans du libre choix.

Certains problèmes de cohérence pourraient également se poser à l'égard de l'article 252 qui interdit de fournir ou de procurer illégalement une substance délétère en sachant qu'elle est destinée à être employée pour provoquer un avortement. L'un des problèmes tient à l'emploi du mot «sachant». D'après la jurisprudence, le fait que la personne à qui la substance est fournie n'ait en réalité pas eu l'intention de l'utiliser à cette fin ne constitue pas un moyen de défense; en d'autres termes, on peut savoir qu'une chose sera utilisée à une certaine fin, bien que la personne à qui la chose est fournie, elle, n'en sache rien[54]. Pourtant, dans le langage ordinaire, comment une personne peut-elle «savoir» une chose qui n'est pas vraie?

Une difficulté plus grave se pose quant au lien entre cette disposition et celle qui la précède, soit l'article 251, déclaré inconstitutionnel. Comment peut-on soustraire à la sanction pénale le fait de procurer un avortement, alors que le fait de fournir un moyen propre à procurer l'avortement constitue, lui, un crime? Il est possible que le fait de fournir une substance délétère ne soit plus un crime, parce que l'article 252, intrinsèquement lié à l'article 251, doit lui aussi être contraire à la Charte. Mais d'un autre côté, on pourrait faire valoir qu'il n'est pas plus illogique de dépénaliser l'avortement tout en conservant le crime complémentaire, que d'enlever au suicide son caractère criminel tout en maintenant le crime d'aide au suicide, d'autant plus que ce dernier crime consiste simplement dans le fait de conseiller, d'aider ou d'encourager une personne à se suicider, tandis que la fourniture de substances délétères consiste à les fournir *illégalement*. Pourtant, comment le fait de fournir une substance pourrait-il être illégal si l'acte principal ne l'est pas? À cela, on pourrait répondre que le terme «illégalement» employé à l'article 252 signifie «en violation de quelque règle de droit», y compris une disposition provinciale, et qu'il est tout à fait plausible qu'une province interdise la fourniture de substances délétères destinées aux avortements. Mais dans ce cas, la responsabilité pénale en vertu de l'article 252 risque de différer d'une province à l'autre, alors que le droit pénal est censé s'appliquer d'une manière uniforme dans

54. Voir *Irwin* c. *The Queen*, [1968] R.S.C. 462, 4 C.C.C. 119, 3 C.R.N.S. 377.

tout le Canada. Quoi qu'il en soit, le pire reste encore l'impuissance que l'on ressent devant un écheveau impossible à démêler.

Pour finir, on relève un manque d'uniformité dans l'emploi de différents termes pour décrire la même réalité, soit le fait de causer la mort du fœtus ou de lui causer un préjudice corporel. Ainsi, le législateur utilise les termes «personne» en français et «person» en anglais à l'article 203, le terme «person» en anglais et le terme «autrui» en français à l'article 204, le terme «être humain» à l'article 205, le terme «enfant» à l'article 206 et à l'article 221, le terme «enfant nouveau-né» à l'article 216.

D. Les lacunes actuelles

Malgré leur nombre et leur complexité, les dispositions reproduites ci-dessus présentent encore trop de lacunes pour former un régime complet à l'égard du fœtus. En effet, elles ne précisent aucunement les limites de ce qui peut être fait et de ce qui est interdit. Au contraire, les règles sont exprimées d'une manière implicite et dans des termes vagues comme «être humain», «personne», «santé», et demeurent silencieuses devant de nombreuses questions que pose la pratique médicale actuelle. Ainsi, on n'y trouve aucune disposition concernant la recherche sur le fœtus, la conservation et la destruction des embryons humains, la responsabilité pouvant découler du fait d'exposer un fœtus à un préjudice corporel, les interventions légitimes pour protéger la santé du fœtus et bien d'autres questions connexes. Bien sûr, les dispositions en cause ont été adoptées avant la mise au point d'une bonne partie des techniques actuellement utilisées, mais le mutisme du législateur a déjà trop duré.

Par ailleurs, le Code ne fait aucun cas du moment où est pratiqué l'avortement. Or, dans la mesure où l'avortement est tenu pour légitime, on s'entend d'une manière générale pour dire qu'il doit être pratiqué le plus tôt possible : plus il est tardif, plus grave est le risque pour la santé de la femme enceinte[55]. Dans cette perspective, les règles actuelles sont difficilement justifiables, quel que soit l'objectif fondamental auquel elles répondent, à savoir protéger la santé de la femme enceinte ou protéger les intérêts du fœtus.

D'aucuns retiennent le premier de ces objectifs. Ils considèrent que les dispositions en cause visent à protéger la santé des femmes enceintes et à garantir la sécurité médicale d'interventions qui, autrement, sont confiées à des avorteurs clandestins[56]. Mais alors, comment concilier ce point de vue avec les moyens d'application actuellement décrits aux paragraphes 251(4) et (5), la lourde structure de comités qui

55. Voir le rapport Badgley, *op. cit.*, note 2, pp. 341-348; en 1985, on a relevé seulement 0,7 complications pour 100 avortements thérapeutiques, lorsque l'intervention a lieu avant la neuvième semaine de gestation. Par contre, lorsqu'elle est pratiquée après vingt et une semaines, le taux s'élève à 39,8 complications pour 100 avortements thérapeutiques : STATISTIQUE CANADA, *op. cit.*, note 53, p. 50.

56. Voir les motifs exposés par le juge Beetz dans l'arrêt *Morgentaler* (1988), précité, note 7, pp. 80-132. Tout en estimant que la protection du fœtus est un objectif primordial, le juge Beetz déclare : «l'intérêt que représente la vie ou la santé de la femme enceinte l'emporte sur celui qu'il y a à interdire les avortements, y compris l'intérêt qu'a l'État dans la protection du fœtus» (p. 81).

est souvent la source de retards importants? En effet, lorsque les lenteurs administratives entraînent la remise de l'avortement à une étape plus tardive de la grossesse, peut-on encore prétendre que l'objectif poursuivi est atteint?

Pour d'autres, cependant, c'est le second objectif fondamental, soit la protection maximale du fœtus, qui est à la source des dispositions sur l'avortement[57]. Mais comment cela peut-il s'accorder avec le contexte général où s'inscrit l'article 251, soit les règles générales sur le fœtus? Ces règles générales sont en effet bien loin de conférer une protection maximale au fœtus.

En common law, à l'origine, aucune poursuite ne pouvait être intentée en cas de décès résultant d'une faute; du point de vue de la responsabilité délictuelle, mieux valait causer la mort d'autrui que lui occasionner des blessures. Certes, le législateur est par la suite intervenu pour autoriser les poursuites fondées sur l'abrégement de la vie et les préjudices subis par les personnes à charge, mais on ne peut toujours pas réclamer de dommages-intérêts au nom du fœtus qui a subi des blessures mortelles, s'il n'est pas né vivant d'abord. À cet égard, la position de la common law est énoncée dans l'arrêt *Smith* c. *Fox*[58]. En revanche, lorsque le fœtus subit des blessures imputables à la faute d'autrui sans que la mort en résulte immédiatement, on lui reconnaît le droit d'obtenir réparation pour la raison suivante : [TRADUCTION] «Lorsqu'il est par la suite né vivant et viable, il s'est trouvé revêtu de tous les droits de poursuite qu'il aurait eus s'il avait effectivement existé à la date de l'accident[59]». Ce principe du droit civil a été repris en Ontario dans l'affaire *Duval* c. *Séguin*[60]. Le fait de tuer un fœtus, donc, ne constitue pas un acte fautif en droit civil, mais c'est une faute de lui causer des blessures s'il naît vivant par la suite.

Dans les systèmes de droit civil, le fœtus se trouvant dans l'utérus n'a en principe droit à aucune protection d'ordre juridique. Les droits et privilèges dont il peut jouir sont subordonnés à ce qu'il naisse vivant. Et les modifications apportées au *Code civil* du Québec en 1971 n'ont rien changé à ce principe[61].

En droit pénal, situation inverse : il y a fort longtemps que la common law et, subséquemment, la législation qualifient de crime le fait de tuer intentionnellement un fœtus. Échappent par contre encore à la répression pénale le fait de causer des blessures au fœtus et de le tuer involontairement, exception faite peut-être de l'article 203 dont

---

57. Voir les motifs de la juge Wilson dans l'arrêt *Morgentaler* (1988), précité, note 7, pp. 161-184. Elle déclare à la p. 181 : «À mon avis, il faut voir dans l'objectif premier de la loi contestée la protection du fœtus». Elle atténue ensuite la portée de cet objectif en invoquant des «objectifs secondaires, telle la protection de la vie et de la santé de la femme enceinte».

58. [1923] 3 D.L.R. 785.

59. *Montreal Tramways Co.* c. *Léveillé*, [1933] R.C.S. 456, 4 D.L.R. 337.

60. (1973), 1 O.R. (2d) 482, 40 D.L.R. (3d) 666 (C.A.).

61. Suivant la maxime du droit civil *infans conceptus pro natura habetur quoties de commodus ejus agitur*, le fœtus jouit de certains privilèges pourvu qu'il naisse vivant et viable. «Cet enfant à naître n'est certes pas une personne [...] Il n'est pas non plus une chose, non plus qu'un membre ou un organe de sa mère. Il ne se situe, à vrai dire, dans aucune catégorie de biens ou de personne qu'identifie la loi», *Langlois* c. *Meunier*, [1973] C.S. 301, p. 305.

nous avons parlé. Et à moins que ne soit confirmée l'interprétation large donnée par une cour de comté au mot «personne» employé dans cette disposition[62], on ne saurait guère prétendre que notre droit pénal assure au fœtus une protection maximale.

E. Le retard du droit

La plupart des dispositions régissant le domaine qui nous occupe ont été rédigées à une époque où la science médicale n'était pas aussi développée qu'aujourd'hui, il s'en faut de beaucoup. On s'accommodait alors fort bien de définitions approximatives de la naissance et de la mort. Mais aujourd'hui, comme nous le rappelions plus haut, la médecine est en mesure de produire des embryons hors de l'utérus et de retirer temporairement le fœtus du sein de sa mère pour ensuite l'y replacer. La définition simpliste du terme «être humain» figurant à l'article 206 du *Code criminel* s'avère dès lors nettement insuffisante. Par ailleurs, les dispositions qui régissent l'avortement lui-même se caractérisent par leur manque déconcertant de nuances à l'égard de l'enfant non encore né. Tandis que les législations d'autres pays occidentaux[63] établissent des distinctions fondées sur l'âge du fœtus et sur des notions telles que le découpage de la grossesse en trimestres, les premiers mouvements du fœtus et la viabilité pour délimiter le champ d'application des différents modes d'intervention et les degrés de la responsabilité pénale, le droit canadien, lui, fait totalement abstraction des divers stades du développement fœtal au point de vue biologique. Il applique à tous les avortements la même règle, peu importe l'étape de la grossesse : soit illégalité totale, soit autorisation pour des motifs d'ordre thérapeutique, quel que soit l'âge du fœtus.

Ce n'est pas seulement en médecine que la réflexion a évolué. Dans le domaine de l'éthique, en effet, le point de vue de la société sur bien des questions a beaucoup changé depuis cent ans, voire depuis seulement vingt ans. Nombre de choses à peine dénoncées au siècle dernier, comme la pollution de l'environnement et la cruauté à l'endroit des animaux, font aujourd'hui l'objet de critiques de plus en plus virulentes. En revanche, on fait preuve de nos jours d'une tolérance beaucoup plus grande qu'il y a cent ans à l'égard de pratiques sévèrement condamnées à l'époque, par exemple la sorcellerie et les relations sexuelles hors mariage. De tels changements d'attitude rendent nécessaire le réexamen d'une bonne partie des règles du droit pénal.

La Commission avait du reste proposé en 1976 un réexamen de cette nature dans son rapport au Parlement intitulé *Notre droit pénal*[64]. Elle y recommandait au législateur de restreindre la portée du droit pénal et de limiter l'application du *Code criminel* aux actes que l'on juge en général suffisamment répréhensibles pour justifier la répression pénale. Les actes ne répondant plus à ce critère, suggérait-elle, devraient être retirés du *Code criminel* et échapper au droit pénal. Par ailleurs, pour les agissements dont le

---

62. Voir la note 43.

63. Voir l'annexe A.

64. COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *Notre droit pénal*, Rapport n° 3, Ottawa, Information Canada, 1976, p. 20.

caractère répréhensible prête à controverse, la Commission proposait que l'on étudie la question pour déterminer la voie à suivre : abolition de l'infraction, définition plus restrictive, adoption de dispositions plus rigoureuses.

Parmi cette dernière catégorie d'infractions figuraient l'obscénité, l'inceste, la bigamie, l'indécence et l'avortement. À l'évidence, et malgré le compromis de l'article 251 sur les motifs d'ordre thérapeutique et le moyen de défense fondé sur l'état de nécessité (art. 221), les dispositions sur l'avortement ne correspondent d'aucune façon aux convictions intimes des citoyens à l'heure actuelle. D'une part, le compromis en question ne tient aucun compte de l'opinion ferme d'un grand nombre de personnes, pour qui les femmes devraient avoir plein droit de regard sur leur corps et ce qu'elles veulent en faire, et devraient pouvoir obtenir l'avortement sur demande. Et d'autre part, la mise en œuvre de ce compromis a dans certains hôpitaux bafoué les opinions tout aussi profondes de nombreuses personnes, pour qui la vie de l'enfant non encore né mérite la même protection que celle des «êtres humains» au sens de l'article 206.

Enfin, l'article consacré à l'avortement ne satisfait plus aux récents impératifs d'ordre constitutionnel exprimés dans la Charte. Mentionnons en particulier le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne, et le droit de ne pas en être privé sauf en conformité avec les principes de justice fondamentale, pour reprendre les termes de l'article 7 de la Charte. C'est pour cette raison qu'en janvier 1988, la Cour suprême du Canada a, dans l'arrêt *Morgentaler*, conclu à l'inconstitutionnalité des dispositions du Code relatives à l'avortement. Elle s'est fondée pour cela sur le raisonnement suivant. En premier lieu, l'article 251 porte atteinte au droit des femmes à la sécurité de leur personne en ne leur permettant pas d'une manière générale de recourir, sans craindre les sanctions pénales, à un traitement médical approprié à un état qui constitue un risque pour leur vie ou leur santé[65]. En second lieu, les mécanismes prévus à l'article 251 pour régir l'accès à l'avortement thérapeutique sont loin d'assurer le respect des principes de justice fondamentale de façon à justifier l'atteinte ainsi portée au droit à la sécurité[66]. En troisième lieu, la protection du fœtus est certes un objectif public valide, qui justifie suivant l'article 1 l'établissement de limites raisonnables au droit à l'avortement, mais les moyens retenus par le législateur à l'article 251 pour réaliser cet objectif ne présentent pas avec celui-ci un lien logique suffisant pour justifier l'application de l'exception prévue à l'article premier[67].

F. Conclusion

Une chose est claire : les règles du droit pénal relatives au fœtus doivent faire l'objet d'un réexamen, quel que soit notre point de vue sur le problème de l'avortement. Ceux qui voudraient voir l'actuel article 251 remplacé par des dispositions davantage conformes à la Charte exigeront bien sûr des mesures législatives à cette fin. Mais

65. *Morgentaler* (1988), précité, note 7, pp. 53-63; motifs majoritaires du juge en chef Dickson.

66. *Id.*, pp. 63-73.

67. *Id.*, pp. 75-76.

même ceux qui préféreraient l'absence de toute disposition sur l'avortement n'accepteront probablement pas que les autres règles applicables au fœtus demeurent intactes; ils seront sans aucun doute d'accord avec les premiers pour demander l'intervention du législateur relativement à la définition jurisprudentielle du mot «personne», à la définition légale du terme «être humain», aux infractions consistant à tuer un enfant pendant la mise au monde et à fournir des substances délétères. Autrement dit, leur souci consistera dans le réexamen des articles 203, 205, 206, 221 et 252 du *Code criminel* actuel. Par conséquent, tous les intéressés — les partisans du libre choix, les adversaires de l'avortement et les tenants d'une solution intermédiaire — ne peuvent que s'entendre sur la nécessité de modifier les règles existantes.

CHAPITRE TROIS

La réforme des règles actuelles

Pour la réforme des règles actuelles, deux voies sont possibles. On pourrait s'employer à récrire avec soin les dispositions existantes, pour y supprimer les divers défauts exposés ci-dessus. Ou alors, on peut adopter carrément une nouvelle approche et repenser de fond en comble les assises mêmes de ces dispositions.

I. Une nouvelle rédaction

Une nouvelle rédaction permettrait sans conteste certaines améliorations. Il serait par exemple possible de supprimer l'ambiguïté résultant de la définition jurisprudentielle du mot «personne» dans le contexte de l'article 203, et de préciser dans quelle mesure cette disposition ainsi que les autres articles énumérés sont applicables à l'égard du fœtus. On pourrait en outre rendre plus rigoureuse la définition du terme «être humain» à l'article 206 et clarifier la situation juridique du fœtus momentanément ou définitivement retiré de l'utérus. Ensuite, le manque de cohérence entre l'article 221 (fait de tuer, au cours de la mise au monde, un enfant non encore né) et l'article 251 (avortement) pourrait être corrigé. Enfin, les règles relatives à l'infanticide pourraient être présentées d'une manière plus logique et cohérente.

La Commission a déjà proposé des modifications de cette nature dans de précédents documents. Ainsi, dans le rapport n° 31[68], nous limitions la définition de tous les crimes contre la personne — des voies de fait au meurtre — aux actes accomplis à l'égard d'«autrui» ou d'une «personne», ces termes étant définis comme suit : «toute personne déjà née, c'est-à-dire complètement sortie vivante du sein de sa mère». Nous avons également recommandé l'abrogation des dispositions consacrées à l'infanticide, car ces cas de responsabilité atténuée pourraient facilement être pris en compte au moment de la détermination de la peine (pour peu que soit supprimée la peine fixe en matière de meurtre au second degré, suivant la recommandation de la Commission). Ne seraient en outre tenus pour criminels que les actes et omissions expressément qualifiés tels au *Code criminel* ou dans une autre loi émanant du Parlement, et la responsabilité pénale ne pourrait plus être fondée sur l'inobservation d'une loi provinciale.

Dans le présent document aussi, la Commission présente des suggestions de cet ordre. Tout d'abord, nous recommandons une nouvelle définition des termes «autrui»

---

68. *Op. cit.*, note 45.

et «personne». Dans le rapport n° 31, nous avions proposé celle-ci : «toute personne déjà née, c'est-à-dire complètement sortie vivante du sein de sa mère ou une personne morale[69]». Nous proposons maintenant la formulation suivante :

> **toute personne morale, et tout être humain qui est complètement et définitivement sorti du corps de sa mère, en vie et apte à survivre d'une façon autonome.**

Cette modification présente plusieurs avantages. Premièrement, l'infraction d'homicide continuera à s'appliquer seulement lorsque la victime est un être humain déjà né, bien que le fœtus, en tant que produit de la conception humaine, soit aussi un être humain. Deuxièmement, les crimes de violence qui n'entraînent pas la mort de la victime seront clairement assujettis à la même condition. Troisièmement, l'emploi du mot «définitivement» écarte de la définition le fœtus qui se trouve hors de l'utérus ou en a été extrait, mais dont la réimplantation est nécessaire pour la poursuite de la gestation et la naissance d'un enfant vivant[70]. Quatrièmement, on exclut de la définition les cellules fécondées et les embryons in vitro, pour éviter que leur élimination puisse être tenue pour un homicide.

Notre deuxième recommandation concerne l'article 221 (fait de tuer, au cours de la mise au monde, un enfant non encore né). Cette disposition devrait selon la Commission être exclue du nouveau code. Si, comme nous le recommandons plus loin, le législateur établissait une incrimination générale réprimant le fait de détruire un fœtus ou de lui causer un préjudice corporel (sous réserve de certains tempéraments ressortissant par exemple à l'avortement légitime), cette infraction viserait forcément la destruction du fœtus avant sa sortie complète et définitive du corps de la mère.

L'article 226 (négligence à se procurer de l'aide lors de l'enfantement) est l'objet de notre troisième recommandation. La Commission estime que cette disposition ne devrait pas non plus subsister dans un article distinct. Si l'on jugeait opportun de la conserver, elle devrait être intégrée dans un texte de nature générale relatif au fœtus.

Quatrièmement, nous recommandons aussi l'abrogation des dispositions contenues à l'article 227 (suppression de part). Ce crime s'inspire de celui que le législateur anglais avait institué par l'adoption en 1861 du *Offences against the Person Act*, vu les difficultés de preuve en matière d'homicide commis à l'égard d'enfants nouveaux-nés. Mais comme le fait remarquer Williams :

> [TRADUCTION]
> [c]e texte est d'une équité douteuse, parce que la femme ayant donné naissance à un enfant illégitime, mort peu après, peut souhaiter cacher sa naissance pour des raisons tout à fait étrangères à sa responsabilité concernant la mort de l'enfant. D'autre part, cette loi n'est

---

69. *Id.*, p. 192, version législative, art. 2 et recommandation 1(2), p. 12.

70. Au sujet de cette technique, voir : H. TUCHMANN-DUPLESSIS et autres, *Embryologie : Travaux pratiques et enseignement dirigé*, 3 vol., Paris, Masson, 1971; K.L. MOORE, *The developing Human*, 4e éd., Philadelphie, Saunders, 1988.

pas nécessaire pour garantir la déclaration des naissances à l'état civil, puisque cette obligation est prévue dans d'autres textes[71].

Ajoutons simplement que, pour les cas d'homicide ou de destruction criminelle de fœtus, la dissimulation du cadavre sera visée par la recommandation 24(3)b) du nouveau code (dissimulation d'une preuve matérielle); pour ce qui est des autres cas, le droit pénal n'a pas pour mission de soutenir les textes régissant les statistiques de l'état civil.

Enfin, nous recommandons la suppression des dispositions figurant à l'article 252 (fournir des substances délétères). L'établissement d'une infraction générale sur le fœtus les rendrait inutiles : en vertu du nouveau code, la personne qui fournit la substance délétère dans un dessein illégal pourrait être accusée d'avoir favorisé la commission d'un crime contre le fœtus.

RECOMMANDATIONS

1. Il y aurait lieu de définir dans le nouveau code les termes «autrui» et «personne» de la façon suivante : «toute personne morale, et tout être humain qui est complètement et définitivement sorti du corps de sa mère, en vie et apte à survivre d'une façon autonome».

2. Le nouveau code ne devrait comporter aucune disposition particulière visant le fait de tuer un enfant non encore né pendant la mise au monde.

3. Le nouveau code ne devrait comporter aucune disposition particulière visant le fait de négliger de se procurer de l'aide au moment de l'enfantement.

4. Le nouveau code ne devrait comporter aucune disposition visant la suppression de part.

5. Le nouveau code ne devrait comporter aucune disposition visant le fait de fournir des substances délétères.

II. Une nouvelle approche

On ne saurait pourtant régler l'ensemble des problèmes en se limitant à des modifications de forme. S'il est possible de redéfinir les termes «autrui» et «personne» d'une façon plus précise, il faut encore se demander dans quelle mesure, hormis le cas de l'avortement, le fait de détruire un fœtus ou de lui causer des lésions corporelles devrait être tenu pour un crime, et aussi dans quelle mesure les dispositions régissant l'homicide devraient être applicables à l'embryon ou au fœtus extrait de l'utérus au moyen d'une intervention chirurgicale. Par ailleurs, on peut modifier ou supprimer la

71. *Op. cit.*, note 47, p. 292. Voir, au fédéral, la *Loi sur la statistique*, S.C. 1970-71-72, ch. 15, art. 29, et les textes provinciaux correspondants.

disposition traitant de la «fourniture de substances délétères», mais il faut aussi décider si tous les avortements (y compris par exemple ceux accomplis par des avorteurs clandestins) devraient échapper à la répression pénale.

Aussi une réflexion de nature globale s'impose-t-elle, qui permettra d'élaborer une approche législative plus cohérente. Le fœtus devrait-il bénéficier d'une quelconque protection juridique? Et dans l'affirmative, cette protection devrait-elle être celle du droit pénal? Pour répondre à de telles questions, il est indispensable de s'appuyer sur les principes fondamentaux reconnus par la société.

A. La recherche des principes — les quatre critères énoncés dans *Notre droit pénal*

Comme nous l'avons déjà fait remarquer, il est impossible de dégager des principes généraux à partir d'une doctrine religieuse ou d'un simple sondage d'opinion. Pour la Commission, la seule voie possible consiste à s'inspirer des valeurs fondamentales de notre société. Ces valeurs, comme nous le disions dans *Notre droit pénal*[72], se répartissent en deux catégories. Certaines sont nécessaires à l'existence même de toute société, alors que les autres sont propres au type de société qu'est la nôtre.

Les valeurs essentielles sont celles sans lesquelles la vie en société serait impossible. La société, après tout, est une entreprise de collaboration; ses membres doivent être prêts à faire des compromis, doivent respecter leurs faiblesses et leurs besoins respectifs, et il doit exister en son sein un certain degré de confiance mutuelle. En d'autres termes, les citoyens doivent préférer l'ordre à l'anarchie, la paix à la violence et l'honnêteté à l'improbité. La vie en société exige donc que ses membres s'engagent à soutenir des valeurs telles que le respect de la vie et l'inviolabilité de la personne.

D'un autre côté, parmi les valeurs qui sont essentielles non pas à l'existence même de la société, mais plutôt à l'existence de notre société en particulier, citons le prix que l'on accorde au Canada à la justice, à l'égalité, à la dignité et à la liberté individuelle. Ces valeurs ne sont pas indispensables à la vie en société, puisque bon nombre de sociétés ont pu survivre sans elles, mais elles font la fierté de la société canadienne.

Ces valeurs et principes fondamentaux, a fait valoir la Commission, doivent orienter la réforme du droit pénal. Ils nous indiquent que celui-ci doit jouer un rôle limité, être mis en œuvre avec modération et être considéré comme un outil de dernier recours. Dans cette optique, et devant l'approbation exprimée par le gouvernement fédéral dans le document intitulé *Le Droit pénal dans la société canadienne*[73], nous

---

72. *Op. cit.*, note 64.

73. GOUVERNEMENT DU CANADA, *Le Droit pénal dans la société canadienne*, Ottawa, 1982.

avons instamment recommandé l'application de quatre critères pour la détermination du champ d'application du droit pénal :

> Afin de déterminer si une action devrait être un crime qui figure au Code criminel, nous devons nous demander :
>
> — si l'action cause un préjudice grave à autrui;
>
> — si elle viole de quelque façon nos valeurs fondamentales, à tel point qu'elle cause un tort à la société;
>
> — si nous sommes sûrs que les mesures nécessaires pour mettre en œuvre le droit pénal contre cette action ne violeront pas elles-mêmes nos valeurs fondamentales;
>
> — si après réponse affirmative à ces trois questions, nous croyons que le droit pénal est d'un apport substantiel à la solution du problème[74].

Les deux premiers critères permettent en fait de déterminer si une action doit d'une manière générale faire l'objet d'une règle de droit; les troisième et quatrième critères, si cette action doit relever du droit pénal, plus précisément. En l'occurrence, les deux premiers critères portent sur la question de savoir si le fœtus mérite une quelconque protection juridique, et les deux autres, sur celle de savoir si cette protection doit être celle du droit pénal.

B. L'application des principes — les critères énoncés dans *Notre droit pénal*

La destruction du fœtus et les actes lui causant un préjudice corporel répondent-ils à ces critères? Précisons d'abord que, de toute évidence, de tels agissements peuvent être accomplis dans deux situations différentes : avec ou sans le consentement de la femme qui porte le fœtus; par trois catégories différentes de personnes : la femme qui porte le fœtus, son médecin, des tiers; selon quatre degrés différents de responsabilité : intentionnellement, par témérité, par négligence, par accident. Pour bien des gens, par conséquent, l'éventuel caractère criminel de l'acte variera selon les circonstances. L'acte commis par négligence sera considéré comme «moins criminel» que l'acte commis par témérité, l'acte commis par témérité, moins que l'acte intentionnel, et l'acte accompli par une femme enceinte ou avec son consentement, moins que celui commis par un tiers malgré l'opposition de la femme.

Cela dit, on peut se demander, plus fondamentalement, si la répression pénale est opportune dans quelque cas que ce soit. Prenons le cas le plus grave, soit celui où un tiers détruit délibérément un fœtus contre la volonté de la mère. Cet acte devrait-il être considéré comme un véritable crime? Dans quelle mesure répond-il aux quatre critères exposés dans *Notre droit pénal*?

Le 1er critère — Le préjudice grave à autrui

Premièrement, la destruction d'un fœtus cause-t-elle un préjudice à autrui? Manifestement, cet acte peut faire deux victimes, la mère et le fœtus.

---

74. *Op. cit.*, note 64, p. 34.

a) *La femme enceinte*

Le cas de la femme enceinte ne pose pas véritablement de problème. Consentante, elle ne peut se plaindre d'un préjudice que si l'acte a été accompli avec négligence et a ainsi mis en danger sa santé et sa sécurité. Non consentante, elle subit sans nul doute un préjudice; mais à l'égard de ce préjudice, comme pour tous ceux qui résultent d'un acte de violence, les dispositions relatives aux voies de fait et à l'infliction illégale de lésions corporelles sont parfaitement adéquates. Il n'est donc pas nécessaire d'instituer un texte spécial pour le cas de la destruction du fœtus.

b) *Le fœtus*

En ce qui concerne le fœtus, précisons d'emblée deux choses. Nous ne nous intéressons ici qu'au fœtus qui se trouve dans l'utérus ou en est retiré temporairement, et non à l'embryon qui se trouve complètement et définitivement hors de l'utérus, comme celui qui est obtenu par fécondation in vitro. Dans l'application de cette technique, on produit un plus grand nombre d'embryons que ce qu'il est possible d'implanter en toute sécurité. Les embryons non utilisés, n'étant pas destinés à devenir des enfants, forment donc une catégorie tout à fait particulière, devant le cas échéant être protégée non par les règles ordinaires du droit pénal en matière d'infractions contre les personnes, mais plutôt par des textes spéciaux dont il sera question ci-dessous. Aussi les actes causant un préjudice corporel à l'embryon ou sa destruction dans de telles circonstances débordent-ils le cadre de la présente discussion.

Il faut aussi apporter une précision au sujet du traitement médical. Pour les personnes au sens ordinaire du terme (êtres humains déjà nés), le principe interdisant d'infliger un préjudice corporel à autrui admet, aussi bien en droit que sur le plan moral, une exception relative au traitement médical[75]. Normalement, le traitement est bénéfique pour le patient et ne lui cause pas de préjudice; et quand tel n'est pas le cas, c'est à l'encontre de l'intention des médecins. Les actes médicaux, dont nous parlerons plus loin, ont donc aussi été exclus de notre discussion.

Ces deux exceptions mises à part, peut-on dire que l'acte causant un préjudice corporel au fœtus ou sa destruction inflige aussi un préjudice à «autrui»? Le fœtus subit sans conteste un préjudice, soit, mais devrait-il être inclus dans le terme «autrui»? Est-ce une personne et, dans l'affirmative, à compter de quel moment? dès la conception? aux premiers mouvements, etc.?

Comme nous l'avons vu, cette question suscite une double difficulté. Premièrement, on s'entend en général pour dire que l'accession du fœtus au statut de personne doit se produire à un moment précis, mais aucun consensus ne s'est dégagé sur la détermination de ce moment. Deuxièmement, on ne parvient pas à se mettre d'accord sur les moyens par lesquels un consensus pourrait être réalisé, parce que la

75. Voir Rapport n° 31, *op. cit.*, note 45, version législative, al. 44(2)*a*); Rapport n° 28, *op. cit.*, note 1, p. 7.

controverse repose sur des considérations d'ordre moral davantage que scientifique — le désaccord ne porte pas tant sur les faits que sur leur appréciation. Il n'est donc pas étonnant de voir deux points de vue différents s'affronter. D'une part, certains tiennent sans aucune hésitation le fœtus pour une personne car, la vie étant un phénomène continu qui s'étend de la conception à la mort, le fœtus sur le point de naître est assimilable à l'enfant qui vient de naître et les deux sont susceptibles dans la même mesure de connaître la souffrance[76]. En revanche, ceux qui insistent sur le caractère primitif du fœtus aux premières étapes de son développement, sur son entière dépendance envers la mère et sur la relation toute particulière existant entre les deux, concluront que ce n'est pas tout à fait une personne[77].

Il n'est cependant pas indispensable à notre avis de poser la question, et cela pour deux raisons. Tout d'abord, s'il est vrai que le premier critère, dans *Notre droit pénal*, emploie le terme «autrui», il n'a pas été élaboré dans le contexte des infractions concernant le fœtus, mais plutôt à titre de principe général applicable aux infractions ordinaires, celles qui visent les personnes et les biens. Nous voulions surtout insister sur la nécessité de réserver avant tout le droit pénal aux crimes de violence et de faire preuve de modération dans les autres domaines, notamment pour ce qui est des crimes ne faisant pas de victimes.

La Commission a depuis lors été amenée à élargir la portée de ce premier critère, à mesure que progressaient ses travaux en droit pénal. Elle a en effet conclu que la protection du droit pénal ne devrait pas s'appliquer qu'aux «personnes», mais s'étendre aussi aux animaux et à l'environnement : les actes causant un préjudice à ceux-ci, tout comme ceux qui causent un préjudice à «autrui», doivent être réprimés quoique dans une moindre mesure. Or de l'avis de la Commission, le fœtus devrait également bénéficier de cette protection.

Ensuite, pour décider s'il y a lieu d'accorder au fœtus la protection du droit pénal, il n'est pas nécessaire de déterminer si c'est ou non une personne[78]. On peut directement se demander jusqu'à quel point il faut le protéger. Et en fait, la réponse à cette question — quelle protection lui accorder, quel statut lui reconnaître, comment le considérer du point de vue moral — est elle-même un élément de la réponse à la question de savoir si le fœtus devrait sur le plan moral être considéré comme une personne. Et si l'on se demande directement comment il convient de traiter le fœtus, l'intuition ordinaire peut nous indiquer la voie à suivre. D'un côté, lorsqu'une personne détruit un fœtus contrairement à la volonté de la mère, son geste sera considéré par bien des gens, ainsi que nous l'avons vu plus haut, comme une atteinte non seulement aux droits de la mère, mais également à ceux du fœtus. Prenons par exemple une situation rare, mais néanmoins éclairante : une femme enceinte de huit mois, sans proches parents, est tombée dans un coma irréversible; quelqu'un décide, dans un

---

76. *Supra*, note 33.

77. *Supra*, notes 34 et 35.

78. Rien ne limite aux personnes la protection du droit pénal. En outre, même ceux qui nient que le fœtus soit une personne pourraient accepter l'existence de certaines protections pénales à certaines étapes du développement.

dessein qui lui est propre, de détruire le fœtus. La plupart des gens ne verraient-ils pas là non seulement un acte répréhensible en soi, mais une atteinte aux droits d'un être qui mérite d'être protégé?

D'autres arguments renforcent ce point de vue. Ainsi, les pays qui appliquent la peine de mort y soustraient habituellement les femmes enceintes, pour ne pas provoquer la mort de l'«enfant» qu'elles portent[79]. Et les États occidentaux offrent des soins prénatals non seulement dans l'intérêt de la femme enceinte et de la société en général, mais également, on peut le présumer, dans celui du fœtus. La plupart des sociétés s'alarment à la perspective de voir des scientifiques détruire des fœtus simplement pour la recherche, l'expérimentation ou à des fins commerciales; l'utilisation de fœtus dans l'industrie des cosmétiques[80], par exemple, est absolument répugnante pour la grande majorité des gens. Force est donc de conclure que le fœtus n'est pas dénué de toute valeur intrinsèque.

D'un autre côté, nous l'avons vu, cette valeur n'est peut-être pas aussi grande que celle de l'enfant déjà né et le fœtus ne doit pas nécessairement bénéficier de la même protection que celui-ci. La perte d'un enfant n'est généralement pas considérée comme aussi traumatisante lorsqu'elle a lieu avant sa naissance. Et la destruction d'un fœtus, même contre la volonté de la mère, n'est d'ordinaire pas parfaitement assimilée à un meurtre. Pour la plupart des gens, en réalité, le fœtus est revêtu d'une valeur intrinsèque se situant entre celle d'une personne déjà née et celle d'une entité autre qu'une personne; on le tient pour un être *sui generis*, tout à fait unique. On estime aussi qu'il mérite une protection de plus en plus grande au fur et à mesure de son développement, sa valeur intrinsèque s'accroissant pendant la gestation : la perte d'un enfant conçu depuis huit mois provoque un traumatisme plus grave qu'une fausse-couche qui survient au bout d'un mois seulement.

En conclusion, la Commission estime que le fait de détruire un fœtus ou de lui infliger des lésions cause de toute évidence un préjudice à un être qui mérite à tout le moins une certaine protection juridique. Dans cette mesure, elle conclut que de tels actes répondent au premier des critères énumérés dans *Notre droit pénal*, qui voit ainsi sa portée encore élargie.

Le 2e critère — La violation grave des valeurs fondamentales de la société

Deux questions se posent au regard du deuxième critère : La destruction d'un fœtus porte-t-elle atteinte à des valeurs fondamentales? Cause-t-elle ainsi un tort à la société? On peut répondre assez aisément à la première. La destruction d'un fœtus et le fait de lui causer des lésions corporelles portent atteinte à deux valeurs fondamentales

---

79. Comme l'a fait la Grande-Bretagne avant l'abolition de la peine de mort en 1965 : *Kenny's Outlines of the Criminal Law*, *op. cit.*, note 21.

80. On trouvera un exemple d'une tentative d'utilisation de fœtus pour la production de cosmétiques et des remous que cela a causés, dans : (1985) *The New Scientist*, n° 1477, 12.

dans notre société, du reste consacrées par la Charte : (1) le respect de la vie[81] et (2) le droit à l'intégrité corporelle.

La seconde question est plus épineuse. Sans aucun doute, la destruction du fœtus non autorisée par la mère menace ces valeurs, diminue le respect qu'on leur témoigne et cause ainsi un tort à la société. La situation est moins claire lorsqu'elle a lieu avec le consentement de la mère ou à sa demande (par exemple, en cas d'avortement légal). Pour certains, elle diminue néanmoins le respect général à l'égard de la vie humaine et cause un tort à la société, tandis que pour d'autres, ce n'est pas le cas puisqu'elle est alors légitime. Enfin, d'aucuns avancent que c'est au contraire le fait de protéger le fœtus au détriment de la vie de la mère qui témoigne d'un manque de respect pour la vie.

Voici les conclusions de la Commission. Dans les cas extrêmes (soit lorsque la mère ne consent pas), le fait de détruire le fœtus ou de lui causer un préjudice corporel satisfait aux deux critères. Car il cause un préjudice à autrui et porte gravement atteinte à des valeurs fondamentales, à savoir le respect de la vie et le droit à l'intégrité corporelle, et ce, à tel point qu'il cause un tort à la société. Il paraît dès lors opportun de réprimer pénalement de tels actes accomplis sans le consentement de la mère.

Pour les cas revêtant un caractère moins grave, par exemple les avortements pratiqués avec le consentement de la mère, et singulièrement ceux qui visent à lui sauver la vie, la situation n'est pas aussi nette. En effet, le premier critère est bien rempli, mais pas le deuxième : la destruction du fœtus cause alors un préjudice à autrui, mais sans témoigner nécessairement d'un manque de respect manifeste à l'égard de la vie humaine.

Le 3e critère — La mise en œuvre de la prohibition pénale viole-t-elle nos valeurs fondamentales?

Le recours au droit pénal peut en soi menacer des valeurs fondamentales de la société. Il peut même constituer une menace pour les valeurs que l'on cherchait précisément à affirmer; son application est susceptible de porter atteinte à nos droits fondamentaux. Tous les citoyens voient leur liberté amoindrie par les interdictions du droit pénal, tandis que ceux contre qui s'exerce la répression pénale risquent de subir des atteintes à l'intimité de leur vie privée, à leur liberté, à leur intégrité corporelle et même à leur vie. Il importe bien entendu de tenir compte de tout cela lorsque l'on veut réprimer des actes portant préjudice à autrui et atteinte à des valeurs fondamentales.

---

81. Voir le document d'étude de la CRD, *Le caractère sacré de la vie ou la qualité de la vie*, et les références qui y sont contenues, *op. cit.*, note 1. Pour M. Keyserlingk, le principe du caractère sacré de la vie comporte trois éléments essentiels : la vie humaine est précieuse et mérite respect et protection; une vie humaine ne peut être supprimée sans justification adéquate; ce principe revêt un caractère fondamental dans notre société. Comme l'expression «caractère sacré de la vie» évoque un principe absolu dont la portée s'étend au-delà de ces trois éléments, nous préférons employer ici le terme «respect de la vie».

Dans cette perspective, le législateur porterait-il atteinte à des valeurs et des droits individuels fondamentaux s'il qualifiait de crimes la destruction du fœtus et le fait de lui causer un préjudice corporel? Créerait-il ainsi une menace pour la vie, la liberté et la sécurité de la mère ou pour celles d'autres personnes?

a) *Les droits des tiers*

Les droits des personnes autres que la mère ne soulèvent pas de grandes difficultés. Car la destruction du fœtus que porte une femme ne constitue de toute évidence aucune menace pour la vie ou l'intégrité corporelle de qui que ce soit d'autre. Et — à deux exceptions près — elle ne peut constituer non plus une menace pour la liberté d'autrui : aucun tiers n'a de droits relativement à la poursuite d'une grossesse. Car, si répréhensible qu'il puisse être de mettre fin à une grossesse, les droits des tiers ne sont pas en cause.

Une des éventuelles exceptions concerne le père du fœtus. Vu ses liens particuliers avec celui-ci, il peut bien entendu se soucier de la poursuite ou de l'interruption de la grossesse. La destruction délibérée du fœtus, provoquée contre la volonté de la mère, est non seulement répréhensible, mais cause en outre un préjudice, feraient valoir bien des gens, à plusieurs personnes : la mère, le fœtus lui-même et le père.

Cependant, nous pensons que le recours au droit pénal contre l'avortement ne porte pas sérieusement atteinte à la liberté du père qui souhaite l'interruption de la grossesse[82]. Car lorsque la mère la souhaite elle aussi, craignant pour sa vie ou sa santé, toute restriction établie par le droit pénal est nettement plus lourde de conséquences pour elle que pour le père. Et lorsque la mère souhaite au contraire poursuivre sa grossesse, sa volonté doit assurément l'emporter sur celle du père.

L'autre exception éventuelle a trait à la recherche scientifique et aux pratiques commerciales. Dans certains cas (usage de fœtus dans l'industrie des cosmétiques par exemple), le but recherché peu sembler tellement dérisoire qu'on ne peut s'empêcher d'y voir un total mépris pour la vie humaine. Dans d'autres cas, il peut s'avérer d'un plus grand intérêt sur le plan social (avancement des connaissances scientifiques, mise au point de nouveaux traitements, etc.), mais là encore, il faut veiller au respect de la vie du fœtus. Par conséquent, toutes ces pratiques devront sans doute être régies par des règles spéciales, dont il sera question plus loin.

---

82. Dans la décision américaine *Planned Parenthood of Central Missouri* c. *Danforth*, 428 U.S. 52 (1976), 49 L. Ed. 2d 788, 96 S. Ct. 2831, le juge Blackmun a prononcé l'inconstitutionnalité d'une loi du Missouri qui exigeait le consentement du conjoint à l'avortement. C'est également le sens de *Coe* c. *Gerstein* (1975 CA5 Fla), 517 F.2d 787, conf. par 428 U.S. 901 (1976), 49 L. Ed. 2d 1205, 96 S. Ct. 3202.

Les tribunaux canadiens ont étudié la question du droit du père de demander une injonction pour empêcher l'avortement dans les affaires *Medhurst* c. *Medhurst et al.* (1984), 46 O.R. (2d) 263, et *Mock* c. *Brandenburg*, le 29 juillet 1988, B.R. Alb. (non publiée au moment de rédiger ces lignes). Le juge Veit a rejeté la demande, mais a mentionné que d'autres recours pourraient être recevables, peut-être sur la base des règles sur les contrats ou la responsabilité civile délictuelle.

D'une manière générale, la Commission conclut que les interdictions pénales visant la destruction du fœtus et le fait de lui causer un préjudice corporel ne portent pas atteinte à des valeurs fondamentales en ce qui concerne les tiers. Aussi, sous réserve des réponses touchant les deux derniers critères, nous faisons la recommandation suivante :

RECOMMANDATION

6. Il y aurait lieu d'instituer un crime de portée générale consistant à détruire un fœtus ou à lui causer un préjudice corporel.

b) *Les droits de la mère*

La question est plus complexe lorsque ce sont les droits de la mère qui sont en jeu. Les valeurs fondamentales que constituent la vie, la liberté et la sécurité de la personne peuvent alors s'opposer dans une certaine mesure. Au nom de la vie et de la sécurité du fœtus, on pourra conclure à la nécessité de garantir sa protection, tandis que si l'on fait primer la vie, la liberté et la sécurité de la mère, la destruction du fœtus pourra s'avérer opportune.

(i) *L'opposition entre la vie du fœtus et celle de la mère*

Il s'agit de l'hypothèse d'école où la poursuite de la grossesse entraînera la mort de la mère tandis que son interruption entraînera la destruction du fœtus. Par bonheur, cette cruelle alternative se présente très rarement de nos jours : presque toujours, les médecins tenteront de sauver les deux vies. Cette situation nous offre néanmoins un point de départ pour étudier dans une perspective générale le problème qui se pose lorsque s'affrontent les intérêts du fœtus et ceux de la mère. De la survie de l'un et de celle de l'autre, laquelle doit donc primer lorsque, par hypothèse, elles sont incompatibles?

En fait, il est tout à la fois malaisé et odieux de mettre en balance la vie de l'un et celle de l'autre. D'une part, la vie est ce que nous avons de plus précieux; supprimons-la, et nous supprimons du même coup tout l'univers de la personne en cause. D'autre part, quelles raisons peuvent justifier que l'on fasse prévaloir la vie d'une personne sur celle d'une autre? Toutes les vies ont à coup sûr la même valeur.

La théorie de la common law en matière d'état de nécessité offre un exemple de cette difficulté[83]. Cette théorie excuse des agissements qui seraient par ailleurs criminels, lorsqu'ils constituent la façon la moins préjudiciable d'éviter un préjudice encore plus grave. Mais elle ne va toutefois pas jusqu'à permettre les actions que l'on

---

83. Voir par exemple : WILLIAMS, *op. cit.*, note 47, pp. 295-296, 302, 603; SMITH et HOGAN, *op. cit.*, note 47, pp. 201-204; MEWETT et MANNING, *op. cit.*, note 47, pp. 348-352; voir également *Perka* c. *La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 232.

fait uniquement pour préserver sa propre vie, au prix de la vie d'une autre personne : en effet, le fait de perdre la vie n'est pas objectivement un préjudice plus grand que la mort de l'autre personne. C'est pourquoi l'on a jugé dans la célèbre affaire anglaise *R.* c. *Dudley and Stevens*[84] que le moyen de défense fondé sur l'état de nécessité ne pouvait être opposé à une accusation de meurtre.

En l'occurrence, ce principe semble interdire de faire primer la vie du fœtus ou celle de la mère. D'un côté, il suggère que le fœtus ne peut être sacrifié au profit de la vie de la mère : on ne saurait le tuer pour sauver celle-ci. De l'autre côté, la mère ne devrait pas non plus être sacrifiée en faveur du fœtus. On ne peut pas lui faire subir une intervention fatale pour sauver le fœtus; il faut laisser la nature suivre son cours.

Pourtant, divers arguments peuvent être invoqués à l'encontre de ce point de vue. En premier lieu, est-il vraiment juste de dire que toutes les vies ont la même valeur? Instinctivement, comme cela a été dit plus haut, on situe habituellement le fœtus — pour ce qui est de sa valeur au point de vue moral — quelque part entre la non-personne et la personne au sens complet du terme, soit la personne déjà née. On estime aussi qu'il mérite une protection de plus en plus grande à mesure qu'il se développe, cette protection étant donc moins importante aux premiers stades de la grossesse.

En deuxième lieu, le fait que la vie du fœtus dépend du métabolisme de la mère, tandis que celle de la mère est indépendante de celle du fœtus, peut également inciter à attribuer à la première une valeur moins grande qu'à la seconde. C'est pourquoi bien des gens rejetteraient-ils l'idée que la vie de la mère devrait être sacrifiée au profit de la vie qui dépend d'elle.

En troisième lieu, la vie du fœtus dans une telle situation constitue une menace pour celle de la mère. Or personne, pourrait-on faire valoir, n'a l'obligation morale de renoncer à la vie devant une telle menace. Personne n'a le devoir d'accepter passivement un pareil sacrifice[85].

Voici nos conclusions. Lorsqu'une seule des deux vies en cause, soit celle de la mère, soit celle du fœtus, peut être préservée, la destruction du fœtus peut s'avérer justifiée s'il n'existe pas d'autre moyen de mettre fin à la grossesse. Mais même si la destruction du fœtus dans ces conditions n'était pas moralement justifiée, nous recommanderions tout de même qu'elle ne soit pas réprimée pénalement. Aucune femme ne devrait être contrainte, par la menace de sanctions pénales, à renoncer à la vie au profit de son enfant non encore né; aucune femme ne devrait en d'autres termes

84. [1884] 14 Q.B.D. 273

85. Prenons le cas, par analogie, de deux personnes qui sont en train de se noyer. L'une sait nager juste assez pour être en mesure d'attendre du secours, la seconde ne sait pas nager, mais monte sur le dos de la première. Ainsi, elle pourra surnager jusqu'à ce que l'on vienne la secourir, mais l'autre va se noyer. Qui irait prétendre que la première personne a l'obligation morale de laisser son compagnon d'infortune prendre ce moyen pour assurer sa survie? Au contraire, la plupart des gens estimeraient qu'elle a parfaitement le droit de se débarrasser de ce fardeau qui autrement va l'entraîner dans la mort. Certes, la personne qui ne sait pas nager n'agit pas de façon répréhensible en prenant ce moyen pour essayer de sauver sa vie. Mais l'autre n'agit pas non plus d'une manière répréhensible en refusant de servir de bouée de sauvetage. Chacun est libre de chercher à assurer sa propre survie.

être forcée par la loi de faire preuve d'héroïsme. L'expression «autre moyen» ne vise évidemment pas ici les interventions qui, telle la césarienne, constitueraient des voies de fait sans le consentement de la mère à leur application[86].

RECOMMANDATION

7. Le crime de portée générale consistant à détruire un fœtus ne devrait pas viser les actes nécessaires pour sauver la vie de la mère.

(ii) *L'opposition entre la vie du fœtus et la sécurité de la mère*

Il faut aussi considérer la situation où la poursuite de la grossesse causerait un préjudice corporel grave mais non fatal à la mère. Supposons par exemple qu'elle entraînerait la perte d'un rein, ce qui ne met pas la mère en danger de mort immédiat mais réduit néanmoins ses chances de survie à long terme. Ou encore, qu'elle porterait irrémédiablement atteinte à l'équilibre nerveux de cette femme, faisant ainsi d'elle une véritable loque incapable de vivre d'une façon autonome (on a jugé dans l'affaire *R.* c. *Bourne*[87] que cette conséquence justifiait en l'occurrence l'avortement). Dans de tels cas, est-on fondé à mettre fin à la grossesse?

Trois éléments doivent être pris en considération. D'abord, il existe une différence d'ordre qualitatif entre le droit à la vie et le droit à l'intégrité corporelle[88]. Ensuite, il existe sans doute une différence de nature, dans la situation qui nous occupe, entre les titulaires de ces droits. Enfin, le droit à la vie signifie certainement le droit à une vie qui vaut la peine d'être vécue; la qualité de la vie est un aspect important du droit à la vie.

Voyons tout d'abord la différence d'ordre qualitatif entre la vie et la sécurité de la personne. Chose certaine, le droit à la vie présente un caractère plus fondamental que

---

86. Il est également inacceptable qu'un tribunal ordonne une césarienne. Les ordonnances judiciaires de cette nature sont fondées sur l'hypothèse voulant que le fœtus soit le pupille du tribunal, en vertu de lois relatives à la prise en charge et à la protection des enfants. Toutefois, ces textes de loi précisent habituellement que les enfants visés sont les enfants qui n'ont pas encore atteint un âge donné, par exemple seize ans, et cette définition n'embrasse certainement pas les enfants non encore nés. En outre, à supposer que le législateur puisse dans son ressort autoriser les tribunaux à délivrer quelque ordonnance que ce soit, une ordonnance qui exigerait une césarienne pourrait bien être contraire à l'article 7 de la Charte sans que l'article premier puisse être applicable. Enfin, même si sur le plan juridique il était jugé que l'ordonnance ne contrevient pas à la Charte, nous dirions quand même que, sur le plan moral, nul ne devrait être contraint de subir une intervention chirurgicale contre sa volonté. Deux décisions canadiennes récentes abordent la question : *In the matter of the Family and Child Service Act S.B.C. 1980 and amendments and in the matter of baby boy Roininen*, C. Prov. C.-B., n° 876215, greffe de Vancouver, 3 sept. 1987; et *Re Children's Aid Society of City of Belleville, Hastings County and T et al.* (1987), 59 O.R. (2d) 204.

87. Précitée, note 19.

88. Dans l'arrêt *Mills* c. *La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863, le juge Lamer a fait valoir que la sécurité de la personne ne comprend pas seulement l'intégrité physique, mais également le droit à l'intégrité psychologique. Le principe a été suivi par le juge en chef Dickson dans l'arrêt *Morgentaler* (1988).

le droit à l'intégrité corporelle. Ainsi, toutes choses égales d'ailleurs, la vie d'une personne l'emporte sur l'intégrité corporelle d'une autre personne. Car une fois la vie supprimée, il ne reste rien du tout; tandis que la perte de l'intégrité corporelle laisse tout de même subsister la vie.

Cependant, il faut aussi tenir compte de la différence de nature entre les êtres qui sont revêtus de ces droits, soit la mère et le fœtus. La mère est une personne déjà née, complètement autonome et vivant en société. Le fœtus, lui, ne vit pas encore d'une manière autonome, ce n'est qu'une personne virtuelle. Dans ces conditions, la primauté générale de la vie par rapport à la sécurité de la personne n'est peut-être pas applicable. Combien de personnes accepteraient par exemple de sauver la vie du fœtus en obligeant la mère à perdre un rein? Est-elle responsable jusqu'à ce point du fœtus qu'elle porte?

Enfin, il y a la question de la qualité de la vie. Quand on parle du droit à la vie, on ne parle pas simplement de survie; on parle du droit de vivre comme un être humain, avec tout ce que cela comporte. Lorsqu'une femme est forcée de poursuivre une grossesse qui risque d'en faire une épave sur le plan physique ou mental, c'est son droit à la vie qui est en cause, et non plus seulement sa sécurité.

Aussi concluons-nous que l'interruption de la grossesse est justifiable même lorsqu'il s'agit de protéger la mère contre un préjudice corporel grave, mais qui n'implique pas nécessairement une menace pour la vie. Et à supposer qu'une telle mesure ne soit pas justifiée, nous restons convaincus qu'elle ne doit pas être réprimée par le droit pénal. Aucune femme ne devrait être contrainte par la loi à poursuivre une grossesse qui, à coup sûr, portera gravement atteinte à la qualité de sa vie. Encore une fois, le législateur doit s'intéresser aux obligations que comporte la vie en société, et non à l'héroïsme.

RECOMMANDATION

8. Le crime de portée générale consistant à détruire un fœtus ou à lui causer un préjudice corporel ne devrait pas viser les actes accomplis pour soustraire la mère à un préjudice corporel grave.

(iii) *L'opposition entre la vie du fœtus et la liberté de la mère*

Le problème le plus délicat réside dans le conflit entre la survie du fœtus et l'autonomie de la mère. Le premier objectif devrait-il l'emporter, et exiger la poursuite de la grossesse? Ou devrait-il s'effacer devant le droit de regard de la mère sur son propre corps?

Ici encore, trois éléments doivent être considérés. En premier lieu, la vie est une valeur plus fondamentale que l'autonomie. En second lieu, il faut souligner de nouveau la différence d'ordre qualitatif entre les êtres qui en l'occurrence sont revêtus des droits en question. En troisième lieu, on attribue un très grand prix à l'autonomie dans notre société; en effet, la plupart des Canadiens, hommes ou femmes, ne souhaiteraient sans

doute pas vivre dans une société où les femmes n'auraient pas voix au chapitre lorsqu'il s'agit de leur propre corps.

Le principe de la primauté de la vie sur la liberté milite bien sûr en faveur de la protection du fœtus[89]. Si toute vie humaine a une valeur en soi, il devient difficile d'accepter qu'une grossesse puisse être interrompue par simple caprice.

En revanche, la différence d'ordre qualitatif qui existe entre le fœtus et la mère constitue un argument opposé. Si, comme nous le faisions valoir plus haut, la protection accordée au fœtus doit aller croissant au fur et à mesure de son développement, il semble que l'on doive en conclure que, moins ce développement est avancé, plus grande est la subordination des intérêts du fœtus à ceux de la mère. Et compte tenu de ce statut supérieur, c'est peut-être le droit de celle-ci à l'autonomie, si inférieur soit-il, qui devrait l'emporter sur le droit du fœtus à la vie.

Reste le troisième élément : la portée du droit de la femme à l'autonomie. Les sociétés comme la nôtre sont fondées notamment sur cette idée que chaque personne est une fin en soi et ne doit pas être utilisée par autrui comme un simple moyen. Or, être une fin en soi implique entre autres choses qu'on ait un droit de regard sur le destin de son corps; car c'est essentiellement dans notre corps que notre vie s'incarne, que réside notre être. Et ce droit de regard comporte, pour chaque femme, le droit de choisir de devenir enceinte ou de ne pas le devenir, et peut-être aussi le droit de choisir d'interrompre ou de poursuivre une grossesse, notamment lorsque celle-ci n'a pas été voulue et surtout lorsque la femme est tombée enceinte contre son gré. Elle a certainement un droit de regard sur sa destinée corporelle et aussi le droit de prendre de telles décisions, dans la mesure où elles ne portent pas préjudice à autrui.

Pourtant, le fœtus est bien évidemment touché par l'interruption de la grossesse et, comme nous le disions plus haut, il a droit à la protection du droit pénal suivant le premier des critères exposés dans *Notre droit pénal*. Comment, dans cette perspective, réaliser l'équilibre entre son droit à la survie et le droit de sa mère à l'autonomie? À la Commission, deux points de vue s'opposent à cet égard, fondés sur la division de la gestation soit en deux stades, soit en trois stades.

---

89. La juge Wilson déclare, dans l'arrêt *Morgentaler*, précité, note 7, p. 182 :

> Le fœtus au stade embryonnaire provient d'un ovule nouvellement fécondé; le fœtus totalement développé devient en définitive un nouveau-né. Le développement progresse entre ces deux extrêmes et, à mon avis, cette progression influe directement sur la valeur à attribuer au fœtus en tant que vie potentielle. [...] En soupesant l'intérêt qu'a l'État à protéger le fœtus en tant que vie potentielle en vertu de l'article premier de la *Charte* et le droit de la femme enceinte en vertu de l'art. 7, un plus grand poids devrait être donné à l'intérêt de l'État dans les derniers stades de la grossesse que dans les premiers.

c) *La solution fondée sur la reconnaissance de trois stades*

Certains membres de la Commission préconisent une solution de compromis semblable à celle qui a été retenue par notre groupe de travail. Cette solution paraît conforme aux idées exprimées par madame la juge Wilson dans l'arrêt *Morgentaler*, ainsi qu'aux régimes adoptés aux États-Unis et dans certains autres pays. Elle consiste à diviser le développement du fœtus en trois stades, ou trimestres[90] : le premier trimestre se termine à la douzième semaine qui suit la DM, le deuxième s'étend jusqu'à la vingt-deuxième semaine environ, et le troisième va de la vingt-deuxième semaine jusqu'à la fin de la grossesse[91].

Quel raisonnement sous-tend ce découpage? Voyons d'abord la durée du premier stade. À la huitième semaine environ, la femme enceinte aura pris conscience de son état. Au cours de la dixième semaine, l'embryon devient un fœtus à proprement parler; en conformité avec le principe de l'accroissement de la protection en fonction du développement, l'avortement doit à ce moment faire l'objet de restrictions plus rigoureuses. En prolongeant le premier stade jusqu'à la douzième semaine, on veut donc laisser à la femme suffisamment de temps pour bien réfléchir avant de décider la poursuite ou l'interruption de la grossesse. Cette solution est aussi conforme à la pratique médicale actuelle en matière d'avortement.

Le choix du deuxième stade (de la douzième à la vingt-deuxième semaine environ), s'explique de la façon suivante. À un certain moment qui se situe près de la vingt-deuxième semaine, le fœtus devient viable, c'est-à-dire capable de survivre hors de l'utérus. Ce moment est variable, mais dans l'état actuel des connaissances médicales, on peut seulement dire que la viabilité est improbable avant la vingt-deuxième semaine qui suit la DM. Donc, toujours en conformité avec la notion de protection croissante du fœtus, l'étape de la viabilité marque la nécessité de soumettre l'avortement à des restrictions encore plus sévères.

Suivant cette solution de compromis, la protection du fœtus s'accroîtrait selon les modalités que voici. Au cours du premier trimestre, aucune restriction ne serait applicable à l'avortement; pendant ces douze premières semaines, autrement dit, l'avortement serait considéré comme une affaire privée concernant uniquement la femme enceinte et son médecin. D'une part, on donne ainsi la primauté à l'autonomie de la femme et à l'intimité de sa vie privée. D'autre part, cette solution s'accorde bien avec la difficulté d'application de mesures législatives au cours de ces premières semaines, d'autant que les femmes disposeront sans doute bientôt de substances abortives qu'elles pourront s'administrer elles-mêmes. Pendant le deuxième trimestre,

90. Dans l'arrêt *Morgentaler*, *ibid.*, la juge Wilson a déclaré en *obiter*, à la p. 182 : «[L]a valeur attribuée au fœtus en tant que vie potentielle est directement reliée au stade de son développement au cours de la grossesse.»

Cette thèse a été appliquée, aux États-Unis, dans l'affaire *Roe* c. *Wade*, 410 U.S. 113 (1973), conf. par *City of Akron v. Akron Center for Reproductive Health Ltd.*, 462 U.S. 416 (1983), *Thornburgh* c. *American College of Obstetricians and Gynecologists*, 106 S. Ct. 2169 (1986).

91. Dans tous les cas, la Commission fonde ses calculs sur la période écoulée depuis la DM. Voir les observations *supra*, pp. 8-9, ainsi que les références contenues à la note 90.

l'avortement ne serait permis que pour des motifs d'ordre médical, lorsqu'il s'agit de protéger la santé physique ou psychologique de la mère. L'existence de ces motifs devrait obligatoirement être constatée par un médecin, l'avis d'un seul étant toutefois suffisant à ce stade. Pendant le troisième trimestre, l'avortement serait permis uniquement lorsqu'il s'avère nécessaire pour sauver la vie de la mère ou pour la protéger contre des lésions graves. La nécessité de l'avortement devrait alors être certifiée par deux médecins.

Suivant le point de vue minoritaire au sein de la Commission, cette solution de compromis — du reste recommandée par le groupe de travail — reposant sur les trois stades de la grossesse est à la fois bien fondée et susceptible d'application dans la pratique. Quant au fond, elle met l'accent sur l'autonomie de la mère au cours du premier stade, favorise davantage les intérêts du fœtus au deuxième stade et s'accorde par conséquent à l'idée d'une protection croissante selon le développement du fœtus. Sur le plan de l'application, elle tient compte de la difficulté de veiller au respect des dispositions relatives à l'avortement au début de la grossesse et s'harmonise avec la pratique médicale actuelle : en général, les médecins ne procèdent à des avortements que pendant la période où cela pose le moins de risques médicaux, soit jusqu'à la douzième semaine de la grossesse environ.

d) *La solution fondée sur la reconnaissance de deux stades*

Après mûre réflexion, toutefois, la majorité des commissaires ont rejeté ce compromis, pour retenir une solution plus simple fondée sur la reconnaissance de deux stades. Premièrement, les difficultés d'application éventuelles n'interdisent pas nécessairement un certain recours au droit pénal — la preuve d'un crime commis sans témoins par une personne à l'égard d'une autre personne est bien souvent extrêmement difficile à constituer, mais la loi n'en remplit pas moins alors une fonction, ne serait-ce que celle de souligner la valeur fondamentale menacée. Deuxièmement, le choix de toute étape autre que la viabilité (le moment où le fœtus est apte à vivre indépendamment de sa mère) est contestable dans le cadre de l'élaboration de règles rationnelles[92]. Troisièmement, ni l'autonomie de la mère ni la vie du fœtus ne devraient à notre sens l'emporter systématiquement au cours du premier trimestre; selon le cas, l'une ou l'autre pourra primer, mais toujours les deux devraient être prises en considération. Le législateur devrait reconnaître que le fœtus a une valeur intrinsèque à toutes les étapes de son développement. La décision d'interrompre celle-ci devrait certes relever avant tout de la femme et de son médecin, mais ne devrait en aucun cas être considérée comme de nature totalement privée. Le sort de l'enfant non encore né intéresse également la société à tous les stades de la grossesse.

---

92. L'Association médicale canadienne et la Société des obstétriciens et gynécologues du Canada tiennent toutes deux la viabilité pour possible, dans des circonstances habituelles, à vingt-deux semaines après la DM ou lorsque le fœtus atteint le poids de cinq cents grammes.

La majorité des commissaires ont donc opté pour une solution fondée sur la distinction entre deux stades, dont le second, conformément aux principes décrits ci-dessus, commencerait à la vingt-deuxième semaine; le premier s'étendrait donc jusqu'à celle-ci.

Vient ensuite la difficulté de résoudre l'opposition entre la vie du fœtus et l'autonomie de la mère au cours du premier stade. Si les deux doivent toujours être prises en considération, de sorte que l'une ne l'emporte pas systématiquement sur l'autre, comment décider dans tel ou tel cas laquelle doit primer?

Il serait peut-être utile ici de s'inspirer de la théorie de l'abus des droits, connue en droit civil[93]. Suivant cette théorie, nul ne peut abuser de ses droits en les exerçant de manière arbitraire et sans se préoccuper des conséquences pour autrui. Le propriétaire d'un terrain, par exemple, ne peut détourner l'eau coulant sous la surface de celui-ci uniquement dans le dessein d'en priver son voisin; il doit avoir un motif suffisant pour exercer ce droit.

L'application de cette théorie aurait les conséquences suivantes en matière d'avortement. D'une façon générale, chaque femme a le droit de prendre des décisions concernant son bien-être physique. Elle a notamment le droit de décider en privé avec son médecin si elle va mettre fin à une grossesse. D'autre part, le fœtus a aussi certains droits, qui peuvent être subordonnés à d'autres, mais qui néanmoins ne disparaissent jamais tout à fait. Ainsi, dans chaque cas, la femme aurait le droit d'interrompre sa grossesse, mais seulement pour un motif suffisant.

Mais qu'est-ce alors qu'un motif suffisant? Il ne s'agit certainement pas de limiter les avortements aux situations, déjà traitées, où la vie de la mère est menacée : l'autonomie de la femme serait alors parfaitement illusoire. Il ne s'agit pas non plus, bien sûr, d'inclure le simple caprice et de priver ainsi le fœtus de toute protection.

À notre avis, le motif suffisant devrait consister dans la nécessité d'éviter que la mère subisse un préjudice. Il ne serait pas nécessaire que la poursuite de la grossesse mette sa vie en danger, ni qu'elle soit susceptible de lui causer un très grave préjudice du type dont nous avons parlé ci-dessus, relativement à l'intégrité corporelle. Mais il faudrait qu'elle ait des conséquences plus graves que de causer de simples désagréments ou embarras. Le critère serait à notre sens l'atteinte portée à son bien-être général, à sa santé physique, mentale ou psychologique. Dans notre recommandation, nous avons choisi d'utiliser le terme «psychologique» qui recouvre aussi ce que l'on appelle la santé mentale.

Il est vrai que le terme «santé» n'est pas davantage défini dans le chapitre proposé que dans le Code actuel. L'adjonction des mots «physique ou psychologique» rend toutefois les choses plus claires. Si l'on ne peut dire avec certitude que dans le Code actuel, le mot «santé» vise à la fois la santé physique, la santé psychologique, voire

---

93. À ce sujet, voir J.-L. BAUDOUIN, *La responsabilité civile délictuelle*, Cowansville (Qc), Éditions Yvon Blais, 1985, pp. 71-90.

(comme pour l'OMS) le bien-être «social», le texte proposé exclut implicitement ce dernier aspect. Nous n'avons pas précisé les divers types d'atteintes à la santé ni leurs diverses causes, tout dépendant des circonstances de chaque cas.

Divers autres motifs ont été envisagés, à commencer par la situation où la grossesse résulte d'un viol ou d'un inceste. Or, les arguments susceptibles d'être invoqués quant à ces motifs dits d'ordre juridique sont fondés, à tort selon nous, sur la cause de la grossesse et non sur son résultat. Car ce qui justifie alors l'interruption de la grossesse, ce n'est pas le fait qu'elle découle d'un viol ou d'un inceste; c'est qu'elle a pour effet, avec raison, de miner la santé physique, mentale ou psychologique de la femme.

On a aussi proposé des motifs d'ordre socio-économique : la mère n'a pas les moyens d'avoir un autre enfant, les parents éprouvent de la difficulté à élever les enfants qu'ils ont déjà, etc. À notre avis, de telles raisons économiques ou sociales ne peuvent à elles seules justifier l'avortement, à moins de contribuer à la détérioration de la santé de la mère.

Pour certains, l'existence de malformations graves mais non fatales chez le fœtus pourrait constituer un autre motif. Mais selon nous, l'idée que les handicapés, qu'ils soient déjà nés ou non, forment un groupe «inférieur» par rapport aux personnes ayant la chance de ne présenter aucune déficience physique, ne saurait être soutenue dans notre société et est contraire à notre droit, surtout depuis l'adoption de la Charte[94]. Encore une fois, la seule justification de l'avortement dans de tels cas pourrait tenir au fait que la poursuite de la grossesse entraînerait un traumatisme propre à compromettre la santé de la mère. C'est là un problème qui, nous le pensons sincèrement, devrait plutôt être abordé autrement : il faudrait que la société fasse preuve de compassion, que l'aide publique soit plus importante et que les personnes en détresse puissent bénéficier de conseils professionnels.

En résumé, l'autonomie de la mère en ce qui a trait à sa santé devrait être respectée durant le premier stade, pourvu que son exercice soit empreint de respect pour la vie du fœtus. Il ne faudrait cependant pas en conclure que celle-ci doit toujours l'emporter. Et notre position ne découle pas non plus d'un jugement défavorable sur la bonne foi et le sens des responsabilités des femmes en cette matière. Bien au contraire, nous sommes persuadés que, d'une manière générale, les femmes et les médecins continueront d'assumer pleinement leurs responsabilités; la règle proposée répond à cette conviction.

---

94. L'article 15 de la Charte, précitée, note 3, énonce :

> La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou *les déficiences mentales ou physiques* (les italiques sont de nous).

RECOMMANDATION

9. Le crime consistant à détruire un fœtus ne devrait pas viser les actes accomplis avant la vingt-deuxième semaine de la grossesse pour protéger la santé physique ou psychologique de la mère *[ni les actes accomplis avant la douzième semaine de la grossesse (autre possibilité)]*.

Le 4e critère — Le droit pénal est-il d'un apport substantiel à la solution du problème?

Le caractère préjudiciable d'une action ne justifie pas à lui seul que le législateur l'érige en crime. Car l'établissement d'infractions criminelles a son prix, comme l'a souligné la Commission dans *Notre droit pénal*; il cause des souffrances, porte atteinte aux libertés et implique des frais pour l'application des textes. Il ne saurait donc être opportun que si, en contrepartie, il comporte des avantages certains pour la société. Bref, il y a lieu de ne recourir au droit pénal qu'avec modération, et seulement lorsqu'il peut véritablement contribuer à résoudre un problème.

En l'occurrence, le problème consiste dans l'infliction injustifiée d'un préjudice corporel au fœtus, ou dans sa destruction injustifiée[95]. Le droit pénal peut-il contribuer à la solution de ce problème? Est-il susceptible de prévenir totalement ou en partie de tels actes?

C'est sûrement le cas, jusqu'à un certain point. Le fait de détruire un fœtus ou de lui causer un préjudice corporel sans le consentement de la mère, et en particulier contre sa volonté, peut certainement être condamné et puni par le droit pénal. À notre sens, donc, il est parfaitement légitime de décourager par la sanction du droit criminel les voies de fait graves contre les fœtus, et aussi la négligence grave en matière de traitement médical. Certes, les agissements causant un préjudice à la femme enceinte et au fœtus qu'elle porte sont déjà visés par le crime de voies de fait, mais il en va tout autrement de ceux qui causent un préjudice uniquement au fœtus. Ils seraient tout au plus visés par le crime consistant à toucher autrui, en l'occurrence la mère, puisque les crimes de violence ne peuvent être commis qu'à l'endroit de personnes déjà nées.

Il serait peut-être possible de recourir au droit pénal au sujet de divers autres agissements portant atteinte au principe de la dignité humaine : commercialisation ou clonage de fœtus, croisements avec des espèces animales, et autres expériences

---

95. Voir *infra*, pp. 18-20; voir aussi E.W. KEYSERLINGK, *The Unborn Child's Right to Prenatal Care*, Montréal, Centre de recherche en droit privé & comparé du Québec, pp. 41-59.

témoignant d'un mépris flagrant pour la vie humaine[96]. La Commission étudie actuellement ces questions et d'autres également liées à l'expérimentation humaine. Elle présentera incessamment, dans un document de travail distinct, son point de vue sur le rôle que le droit pénal pourrait jouer dans ce contexte.

De toute évidence, il est essentiel d'établir certaines dispositions spécifiques pour le cas du fœtus. En ce qui a trait aux préjudices corporels, elles pourraient prendre deux formes : ou bien constituer pour la plus grande part des circonstances aggravantes spéciales relativement aux voies de fait commises contre la mère; ou bien prendre la forme d'infractions spécifiques soulignant la protection qui doit être accordée au fœtus en tant que tel, ainsi que le caractère intrinsèquement répréhensible des actes lui causant un préjudice corporel ou entraînant sa destruction.

La destruction du fœtus provoquée à la demande de la mère présente un problème plus épineux. Car même dans les situations où les intérêts de la mère devraient être subordonnés à ceux du fœtus, le recours au droit pénal, pour certains, ne constitue pas une solution. D'une part, il risque de s'avérer inefficace et d'autre part, il s'agit peut-être là d'une approche trop négative.

En premier lieu, plus les dispositions pénales sur l'avortement sont rigoureuses, plus les jurys risquent de se montrer cléments; sans compter la tentation plus grande alors d'utiliser les services d'avorteurs clandestins, avec tous les risques que cela comporte pour la santé. D'autre part, plus il sera facile dans l'avenir pour les femmes de se procurer des substances abortives qu'elles s'administrent elles-mêmes, moins les autorités pourront surveiller ce qui se passe et moins le droit pénal pourra jouer son rôle.

En second lieu, l'approche du droit pénal est peut-être trop négative. Car sans aucun doute, le problème ne réside pas tant dans la grossesse de la femme que dans le fait qu'elle n'est pas désirée. Or, cela peut tenir à toutes sortes de facteurs : insuffisance des services de consultation et des moyens de contraception pour les adolescents, déshonneur qui accompagne traditionnellement les naissances se produisant hors du mariage, insuffisance de l'aide sociale aux parents et singulièrement aux familles monoparentales, insuffisance de l'aide aux mères qui travaillent, en matière de garderies par exemple, et enfin, apathie de la société, en général, à l'égard de la grossesse et de la famille. À ce sujet, il y a lieu de prendre des mesures concrètes, c'est-à-dire d'améliorer les programmes sociaux en matière d'éducation et d'aide sociale, plutôt

96. Le Conseil de recherches médicales du Canada a étudié les questions de l'expérimentation sur le fœtus et l'embryon dans ses *Lignes directrices concernant la recherche sur des sujets humains*, Ottawa, Approvisionnements et Services Canada, 1987, pp. 34-37. Le CRM n'aborde pas la question du rôle qui revient au droit pénal dans ce domaine; il donne cependant à entendre que le principal élément devant être pris en compte dans l'appréciation de l'acceptabilité de recherches relatives à l'embryon ou au fœtus devrait consister dans l'objectif de la recherche. La nature des critères qui s'appliqueraient relativement à l'acceptabilité des recherches n'est pas précisée. Sur le plan international, de nombreux rapports ont été rédigés sur ces questions au cours des récentes années; on en trouvera une liste dans L. WALTERS, «Ethics and New Reproductive Technologies: An International Review of Committee Statements» (1987), 17:3 *Hastings Center Reports* (Special Supplement) 3; on trouvera l'étude globale la plus récente sur ces questions dans le rapport du Conseil d'État français, *De l'éthique au droit*, la Documentation française, mars 1988.

que d'instituer des règles encore plus rigides sur l'avortement, ce qui constituerait en fait un refus d'agir et nous donnerait la fausse impression d'avoir réglé un problème qui reste entier.

Le droit pénal peut néanmoins jouer dans ce domaine un rôle symbolique : affirmer le respect de la vie humaine et sa valeur intrinsèque, même avant la naissance, souligner que l'interruption de la grossesse doit relever de la médecine — et ce, notamment pour protéger la santé de la femme. En d'autres termes, l'interdiction pourrait bien avoir en soi autant d'effet que sa mise en œuvre.

C. Conclusions

Nous pouvons maintenant exposer nos conclusions générales. En premier lieu, toute action provoquant la destruction du fœtus ou lui occasionnant un préjudice corporel grave constitue une atteinte à un être qui mérite d'être protégé; partant, elle répond au premier critère exposé dans *Notre droit pénal* (si l'on en étend la portée). En second lieu, une telle action attaque aussi une valeur fondamentale (la vie), à tel point qu'elle cause un tort à la société; elle satisfait ainsi au deuxième critère de la criminalisation. En troisième lieu, le recours au droit pénal contre cette action peut lui-même porter sérieusement atteinte, dans certaines situations (celles où sont en péril la vie, la santé et la sécurité de la mère) à une valeur fondamentale, soit le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne; le troisième critère pourrait alors ne pas être rempli. En quatrième lieu, le droit pénal est susceptible dans d'autres cas de contribuer à la solution du problème. Pour toutes ces raisons, nous estimons que les agissements en cause peuvent à juste titre faire l'objet de prohibitions pénales, sous réserve des exceptions dont il a été question ci-dessus au regard du troisième critère, et suivant les modalités exposées dans les pages qui suivent.

CHAPITRE QUATRE

La réforme proposée

Le régime dont nous suggérons l'instauration se rattache au projet de code présenté dans le rapport n° 31[97]. Il suppose certaines modifications à l'article définitoire, ainsi que l'adjonction d'un nouveau titre consacré aux crimes contre le fœtus, qui figurerait immédiatement après celui des crimes contre la personne.

Nouvelles dispositions législatives

RECOMMANDATION 10

DÉFINITIONS

«Personne»

La première modification de l'article définitoire concerne le mot «personne». La définition suivante figure au paragraphe 2(1) de la version législative (rapport n° 31) :

> «personne» Personne morale ou physique et, dans le cas d'une personne physique, s'entend d'une personne déjà née complètement sortie vivante du sein de sa mère.

Cette définition soulève deux difficultés. Comme elle s'applique au fœtus temporairement retiré de l'utérus au moyen d'une intervention chirurgicale et par la suite remis en place, il s'ensuit, résultat curieux, que ce fœtus peut être victime d'homicide, tandis que les autres ne le peuvent pas. Autre conséquence étonnante : les cellules fécondées puis retirées définitivement de l'utérus et gardées in vitro sont également visées par la définition; leur élimination, après qu'elles ont rempli leur fonction, pourrait donc constituer un homicide. Aussi proposons-nous la substitution, à cette définition, de la suivante :

> **«Personne» Toute personne morale, et tout être humain qui est complètement et définitivement sorti du corps de sa mère, en vie et apte à survivre d'une façon autonome.**

L'emploi des termes «apte à survivre d'une façon autonome» exclut les fœtus qui naissent vivants sans être encore viables. En effet, il est illogique de permettre d'une part la destruction d'un fœtus non viable dans l'utérus (à titre d'exception à l'interdiction de l'avortement), mais de considérer d'autre part comme un homicide la destruction, au moyen d'un acte accompli avant ou après la naissance d'un fœtus non

97. *Op. cit.*, note 45.

viable hors de l'utérus. Aussi tous les fœtus non viables sont-ils exclus de la définition proposée. Leur destruction sera donc visée par les dispositions du titre consacré aux crimes contre le fœtus, sous réserve des exceptions prévues.

L'usage du terme «définitivement» exclut le fœtus retiré de l'utérus temporairement pour y être réinséré par la suite. La destruction de ce fœtus ne pourra donc en aucun cas être considérée comme un homicide, mais pourra constituer un crime contre le fœtus.

En utilisant les termes «du *corps* de sa mère», on entend exclure le fœtus retiré de l'utérus mais se trouvant toujours dans le corps de la mère. Il ne sera pas tenu pour déjà né, et donc ne pourra être victime d'un homicide.

Nous n'avons pas précisé le sens du terme «être humain». Car d'une part, la signification en est parfaitement claire pour chacun et d'autre part, on ne peut définir tous les termes d'une définition.

Le terme «fœtus»

Le terme «fœtus» n'est défini nulle part dans l'actuel *Code criminel*. Il n'est pas défini non plus dans le rapport n° 31. Si l'on veut ajouter au code un titre consacré aux crimes contre le fœtus, il y a donc lieu d'ajouter à l'article définitoire la disposition suivante :

> **Pour l'application du présent titre, le terme «fœtus» désigne le produit de l'union, dans l'utérus, d'un spermatozoïde et d'un ovule humains, à quelque stade de la vie qui précède l'accession au statut de personne.**

Ainsi défini, le terme «fœtus» embrassera à la fois l'embryon (soit le fœtus entre la fécondation et la fin de l'organogénèse) et le fœtus qui a dépassé le stade embryonnaire. Le fait de détruire l'un ou l'autre ou de lui causer un préjudice corporel pourra constituer un crime contre le fœtus. Encore une fois, nous n'avons pas défini le terme «être humain». Bien sûr, le Code actuel comporte une disposition assez curieuse (art. 206) suivant laquelle un enfant ne devient un être humain qu'une fois complètement sorti du corps de sa mère. Non seulement cette définition est incorrecte, mais de plus elle est contraire au consensus général voulant que le produit de la conception humaine, qu'il se trouve dans l'utérus ou hors de celui-ci, soit un être humain.

Le terme «vie» est utilisé dans son sens médical courant, et signifie la vie à partir de la conception jusqu'à la mort. On a utilisé le mot «vie» plutôt que l'expression «vie durant la grossesse» afin d'éviter l'existence d'un vide entre le stade du fœtus et celui de la personne : un fœtus retiré de l'utérus avant d'être viable (avant le stade embryonnaire, par exemple) ne serait, autrement, ni un fœtus ni une personne. Suivant les définitions proposées, le terme «fœtus» s'appliquerait à tous les fœtus (y compris les embryons et les cellules fécondées) non encore viables.

UN NOUVEAU TITRE CONSACRÉ AU FŒTUS

Essentiellement, nous proposons quatre nouvelles dispositions. La première crée une nouvelle infraction de portée générale relative au fœtus. La deuxième et la troisième établissent certaines exceptions touchant le traitement médical et l'avortement légal. La quatrième fixe le moment de la viabilité.

1. Le fait de détruire un fœtus ou de lui causer un préjudice corporel

(1) Commet un crime quiconque,

a) à dessein, par témérité ou par négligence cause la destruction d'un fœtus ou lui cause un préjudice corporel grave;

b) étant une femme enceinte, cause à dessein la destruction de son fœtus ou lui cause délibérément un préjudice grave, par une action quelconque ou en omettant de prendre des dispositions raisonnables pour avoir de l'aide à l'accouchement.

(2) Le paragraphe (1) s'applique même si la destruction ou le préjudice corporel se réalise seulement après que le fœtus est devenu une personne.

Cette disposition de nature générale viserait tous les types de préjudices causés d'une manière injustifiée aux fœtus. Elle remplacerait par conséquent les dispositions du Code actuel relatives à l'avortement (art. 251), au fait de tuer, au cours de la mise au monde, un enfant non encore né (art. 221), à la négligence à se procurer de l'aide lors de l'enfantement (art. 226) au fait de causer la mort ou un préjudice corporel par négligence criminelle (art. 203-204), dans la mesure où cela est applicable et au fait d'infliger à un enfant avant sa naissance des blessures qui entraînent sa mort par la suite (par. 206(2)).

Cette disposition générale présente plusieurs avantages. Premièrement, elle énonce clairement, sans aucune ambiguïté, que le fœtus mérite d'être protégé par le droit pénal. Deuxièmement, il s'agit là d'une approche plus logique et plus cohérente que celle du Code actuel, qui nous force à chercher les dispositions applicables à divers endroits du texte. Troisièmement, on établit une distinction entre les crimes contre le fœtus et les crimes ordinaires contre la personne; or cela est souhaitable, vu les problèmes particuliers que posent ces crimes, notamment au regard des preuves médicales et scientifiques. Cette solution est conforme à l'opinion, qui nous paraît généralement admise, voulant que le fœtus ait une valeur intrinsèque certaine, mais néanmoins inférieure à celle des personnes déjà nées.

Soulignons qu'une approche globale semblable a déjà été retenue par quatre États américains. En effet, les législatures de l'Illinois[98], de l'Indiana[99], de l'Iowa[100] et du Minnesota[101] ont adopté des textes qui interdisent la destruction de fœtus et, sauf dans le cas du Minnesota, qui restreignent l'infraction au fait de *tuer* illégalement le fœtus.

L'élément matériel du crime consiste dans le fait de causer la destruction ou un préjudice corporel. Nous n'avons pas jugé opportun de séparer les deux formes de l'infraction, en vue de leur faire correspondre des peines maximales différentes. La différence entre elles nous paraît tellement ténue qu'il nous semble préférable de laisser à cet égard un pouvoir d'appréciation au tribunal, au moment de la détermination de la peine. Nous avons par ailleurs choisi de viser uniquement le préjudice réel et grave. La décision de ne pas réprimer pénalement les préjudices anodins et les risques de préjudice est à notre avis conforme à la valeur moins importante attribuée d'une manière générale au fœtus, par rapport à celle qui est attribuée à la personne déjà née.

Le préjudice et la destruction peuvent, cela va de soi, être causés tant par des omissions que par des actions. Aux termes du nouveau code proposé par la Commission, toutefois, aucune omission ne revêt un caractère criminel à moins qu'elle ne consiste dans un manquement à un devoir énoncé dans la partie générale, ou qu'elle ne soit expressément incriminée (rapport n° 31, recommandation 2(3)b) et paragraphe 6(1) de la version législative). Or, comme les devoirs en question ne doivent être accomplis qu'envers les personnes déjà nées, l'article 1 ci-dessus comporte les mots «ou en omettant etc.», de façon à créer un crime d'omission spécifique.

Quant à l'élément moral requis, il diffère selon que la destruction ou le préjudice est causé par la mère elle-même ou par un tiers. Lorsque le fait est imputable à un tiers, nous ne voyons aucune raison pour exclure la témérité et la négligence. Soulignons en passant que, en conformité avec la recommandation 2(4)b) du rapport n° 31 et l'alinéa 11*d*) de la version législative, le terme négligence signifie la négligence criminelle, soit «un écart marqué par rapport aux normes ordinaires de diligence raisonnable».

Lorsque, toutefois, la destruction du fœtus ou le préjudice corporel est causé par la mère elle-même, nous estimons que l'élément moral requis devrait consister exclusivement dans le dessein. Certes, peu de gens sans doute contesteraient que les femmes enceintes ont l'obligation morale d'éviter toute conduite téméraire ou négligente susceptible de constituer un risque pour le fœtus qu'elles portent, mais nous hésitons à assujettir cette obligation à la sanction du droit pénal, pour le moment. Pour commencer, à cause de la relation toute particulière existant entre la mère et le fœtus, le recours au droit pénal imposerait à la première — à mauvais escient selon nous — un fardeau particulier, plus lourd que celui qui incombe à toute autre personne. Ensuite,

---

98. Ill. Ann. Stat., ch. 38, § 9-1.2 (Smith-Hurd Supp. 1987).

99. Ind. Code, § 35-42-1-6 (1982).

100. Iowa Code Ann., § 707.7 (West Supp. 1985).

101. Minn. Stat. Ann., § 607.266 et suiv. (1987 Supp.).

la mise en œuvre de telles dispositions pénales supposerait des atteintes intolérables à l'autonomie de la mère : il faudrait par exemple contrôler son alimentation, sa consommation d'alcool, si elle fume, etc. D'autre part, cette surveillance et ces restrictions ne seraient pas sans risquer de susciter des difficultés conjugales et familiales. Enfin, la question de l'éventuelle responsabilité civile des femmes à l'égard des préjudices subis par les fœtus fait toujours l'objet d'une vive controverse; il serait donc prématuré de leur imposer la charge encore plus lourde de la responsabilité pénale.

L'exigence d'un dessein, pour le cas des femmes qui omettent de prendre des dispositions raisonnables pour avoir de l'aide à l'accouchement, s'inspire dans une certaine mesure des dispositions de l'article 226 de l'actuel *Code criminel*. Cet article ne réprime toutefois que la négligence à se procurer de l'aide lors de l'enfantement, «avec l'intention d'empêcher l'enfant de vivre ou dans le dessein de cacher sa naissance». Le nouveau crime contre le fœtus ne visera quant à lui que l'omission de prendre des dispositions raisonnables pour avoir de l'aide à l'accouchement, si le dessein poursuivi est de causer la destruction du fœtus ou de lui causer un préjudice corporel.

Enfin, le paragraphe (2) prévoit que l'action ou l'omission qui entraîne la destruction du fœtus ou lui cause un préjudice corporel grave constitue un crime, que le résultat se manifeste avant ou après la naissance. À l'heure actuelle, la qualification de ces actions et omissions est différente selon le moment où elles produisent leurs effets : il y a homicide si la destruction se réalise après la naissance; si, par contre, elle se réalise avant la naissance, aucune accusation ne pourra être portée, hormis celle, le cas échéant, d'avoir tué, au cours de la mise au monde, un enfant non encore né (art. 221). Pour combler cette lacune, nous proposons que ces actions et omissions constituent, dans tous les cas, des crimes contre le fœtus. Ainsi, la responsabilité pénale serait fonction de la nature même de l'action ou de l'omission, et non plus d'un facteur aussi aléatoire que l'écoulement du temps entre l'action ou l'omission, et son résultat. Le paragraphe 206(2) du Code actuel, appliqué dans l'affaire *R.* c. *Prince*, n'aurait donc plus d'utilité.

Exceptions

2. Le traitement médical

Sauf en ce qui concerne les actes médicaux accomplis d'une manière négligente ou dans le dessein d'interrompre la grossesse, aucune responsabilité pénale ne découle du préjudice corporel causé à un fœtus ni de sa destruction, dans l'accomplissement d'actes médicaux ne comportant pas de risque de destruction ou de préjudice corporel disproportionné avec les avantages attendus, et pratiqués, avec le consentement de la mère donné en connaissance de cause, sur son fœtus ou sur elle-même dans un but thérapeutique ou en vue d'un diagnostic.

Cette exception est le pendant d'une autre exception au sujet des personnes au sens ordinaire du terme, contenue dans la recommandation 7(3)a) et à l'alinéa 44(2)*a*) du nouveau code proposé par la Commission; ces dispositions concernent le traitement médical, le terme étant utilisé dans son sens large et visant par conséquent les interventions chirurgicales, les analyses menant au diagnostic, l'administration de médicaments, etc. Car sans le consentement du patient, de tels traitements constituent sans aucun doute des voies de fait. C'est pourquoi la disposition contenue au code proposé permet le recours à de tels traitements, à titre d'exception aux règles relatives aux crimes de violence, deux conditions étant cependant fixées. Premièrement, le risque de préjudice corporel ne doit pas être disproportionné avec les avantages attendus. Deuxièmement, suivant les recommandations 2(3)d) et 7(3)a) du rapport n° 31, on exige le consentement du patient donné en connaissance de cause, notion dont la portée exacte devra être déterminée par les tribunaux[102].

Comme nous l'avons fait valoir précédemment, les règles régissant les crimes de violence ne s'appliquent pas au fœtus qui n'est pas encore une personne. Il en va donc de même pour la disposition touchant le traitement médical. Le fœtus, étant protégé par une disposition pénale spécifique, devra par conséquent faire l'objet d'une exception spécifique pour le traitement médical.

Cette exception est formulée à l'article 2 ci-dessus. La disposition est rédigée dans des termes semblables à ceux de la recommandation 7(3)a) au chapitre du risque. On exige également le consentement de la mère, car bien sûr, si ce consentement n'est pas donné, le traitement constitue en réalité des voies de fait exercées contre elle. Il pourrait cependant arriver que ces voies de fait soient parfaitement anodines en ce qui la concerne, tandis que le préjudice causé au fœtus justifierait une peine plus sévère. Les termes «aucune responsabilité pénale ne découle» apportent une exception à la définition des crimes contre le fœtus, lorsque celui-ci meurt avant d'accéder au statut de personne.

3. L'avortement légal

Aucune responsabilité pénale n'est imputable à la femme enceinte, au médecin qualifié ni à la personne agissant sous la surveillance d'un médecin qualifié, qui, avec le consentement de la femme donné en connaissance de cause, cause un préjudice corporel grave au fœtus ou sa destruction en interrompant la grossesse conformément à une autorisation médicale, dans l'un des cas suivants :

a) l'interruption de la grossesse vise à protéger la santé physique ou psychologique de la mère et est pratiquée avant que le fœtus soit apte à survivre d'une façon autonome;

b) l'interruption de la grossesse vise à sauver la vie de la mère ou à la soustraire à un préjudice corporel grave;

---

102. Nous reprenons ici la recommandation 5 du rapport n° 28, *op. cit.*, note 1. Il se pourrait que la Commission décide de revoir la définition du consentement donné en connaissance de cause.

c) le fœtus présente une malformation ou infirmité d'une telle gravité que tout traitement médical pourrait légalement être exclu à sa naissance.

L'autorisation médicale doit être donnée par un médecin qualifié. Après que le fœtus est devenu apte à survivre d'une façon autonome, l'autorisation médicale doit, sauf impossibilité matérielle, être donnée par deux médecins qualifiés.

[Autre possibilité

Aucune responsabilité pénale n'est imputable à la femme enceinte, au médecin qualifié ni à la personne agissant sous la surveillance d'un médecin qualifié, qui, avec le consentement de la femme donné en connaissance de cause, cause un préjudice corporel grave au fœtus ou sa destruction en interrompant la grossesse conformément à une autorisation médicale, dans l'un des cas suivants :

a) le fœtus est âgé de moins de douze semaines;

b) l'interruption de la grossesse vise à protéger la santé physique ou psychologique de la mère, et le fœtus n'est pas encore apte à survivre d'une façon autonome;

c) l'interruption de la grossesse vise à sauver la vie de la mère ou à la soustraire à un préjudice corporel grave;

d) le fœtus présente une malformation ou infirmité d'une telle gravité que tout traitement médical pourrait légalement être exclu à sa naissance.]

La disposition en caractères gras reflète la position adoptée par la majorité des commissaires en matière d'avortement légal. Elle embrasse les cas de destruction et de préjudice corporel grave causés par l'interruption de la grossesse. L'interruption sera alors tenue pour légale, et échappera donc à l'application de la disposition relative aux crimes contre le fœtus et des dispositions sur l'homicide et sur les autres crimes de violence, si elle remplit trois conditions. Elle doit être accomplie par une personne qualifiée, être pratiquée pour certains motifs prévus et avoir été autorisée en bonne et due forme.

En premier lieu, le préjudice doit avoir été causé par l'une des trois personnes énumérées par la disposition, c'est-à-dire soit par la mère elle-même, soit par un médecin, soit par une personne agissant sous la surveillance d'un médecin. Ce pourrait être par exemple, dans le dernier cas, une infirmière qui assiste le médecin.

En second lieu, cette disposition exige, à l'instar des recommandations 2(3)d) et 7(3)a) du rapport n° 31 (voir p. 56 ci-dessus), le consentement de la femme donné en connaissance de cause, à l'égard de l'intervention. Sous ce rapport, les avortements légitimes pratiqués pour protéger la santé physique ou psychologique de la femme entrent dans la même catégorie que les autres interventions chirurgicales. L'exigence du consentement est le pendant de la recommandation 7(3)a) du rapport n° 31, où sont exposées les conditions générales applicables au traitement médical.

Le consentement donné en connaissance de cause n'emporte pas toujours la compréhension des répercussions sociales et éthiques de l'avortement. La disposition proposée n'impose donc pas aux médecins l'obligation légale de donner des conseils d'ordre moral avant de pratiquer un avortement. D'un autre côté, il semble qu'un certain nombre de médecins aient l'habitude de prodiguer des conseils de cette nature; nous espérons sincèrement qu'ils continueront à le faire. En effet, l'avortement ne devrait d'aucune manière être regardé comme la solution clinique naturelle au problème des grossesses non désirées — cette façon de voir les choses serait tout à la fois inacceptable sur le plan moral et déplorable sur le plan social. S'il est permis de penser que le fœtus n'a pas droit à la même protection juridique que la personne au sens habituel du terme, ce serait en revanche banaliser le processus de la procréation humaine que d'assimiler le fœtus à une tumeur et l'avortement à une intervention chirurgicale quelconque. Qu'on le veuille ou non, l'avortement provoque la destruction d'un être ayant tout pour devenir une personne à part entière. Ce fait distingue l'avortement des autres interventions chirurgicales, soulève des considérations d'ordre éthique et moral tout à fait uniques et peut donner lieu à des complications psychologiques inconnues dans le cas de la plupart des autres opérations. Pour toutes ces raisons, les modalités du consentement donné en connaissance de cause ne sont pas les mêmes en matière d'avortement qu'en matière d'appendicectomie et d'hystérectomie, par exemple.

Par ailleurs, la disposition énonce trois motifs différents. Le premier motif ne s'applique qu'à l'égard de l'avortement pratiqué avant la viabilité du fœtus, cette étape étant définie à l'article suivant. Et puisque à ce stade, comme nous l'avons expliqué au chapitre précédent, le fœtus se voit accorder une protection moins importante qu'au second stade, le droit en cause — la protection de la santé physique ou psychologique de la mère — est moins fondamental que celui du deuxième motif, mais l'emporte néanmoins sur le droit du fœtus à la survie. Le danger pour la santé de la mère ne doit pas obligatoirement être aussi grave que celui qui est requis pour l'application du second motif, mais doit en revanche avoir une existence bien réelle. Par ailleurs, alors qu'à l'article 251 du Code actuel, il n'est question que de «santé», nous avons précisé dans notre proposition que l'objet de la protection peut consister dans la santé psychologique de la mère, comme dans sa santé physique.

Deuxièmement, la grossesse peut être interrompue lorsqu'il s'agit de sauver la vie de la mère ou de la protéger contre un préjudice corporel grave, sans égard au stade de la grossesse. C'est au sujet de ce motif qu'il a fallu trancher l'opposition entre la vie du fœtus et la vie de la mère; nous avons conclu, conformément aux arguments présentés au chapitre précédent, que c'est la vie de cette dernière qui doit l'emporter. Toujours en conformité avec ce qui précède, nous avons fait primer non seulement le droit de la mère à la vie, mais également le droit à la sécurité de sa personne.

Le troisième et dernier motif consiste dans l'existence d'une ou plusieurs malformations fatales chez le fœtus. Il s'agit de rendre légal l'avortement pratiqué à n'importe quel stade de la grossesse, en raison de malformations ou d'infirmités d'une telle gravité que l'on pourrait légitimement renoncer à tout traitement médical à la naissance de l'enfant. Selon la recommandation 2(3)d) du rapport n° 31, nul n'est tenu

d'entreprendre ou de poursuivre un traitement médical inutile sur le plan thérapeutique. Il est certain qu'un fœtus atteint d'une malformation fatale telle l'anencéphalie (absence de parties importantes du cerveau) ne peut survivre plus de quelques jours après la naissance, sans que pour autant cela mettre nécessairement en danger la vie, la santé ou la sécurité de la mère. Or l'existence de malformations de ce type n'est souvent confirmée qu'à une étape tardive de la grossesse, soit une fois le fœtus devenu apte à survivre d'une façon autonome. Il serait tout à la fois absurde et inhumain que le législateur oblige alors la mère à mener sa grossesse à terme. Il y a lieu de souligner que le ou les médecins qui autorisent un avortement pour ce motif seraient tenus de certifier que le fœtus présentait une telle anomalie.

Enfin, l'interruption de la grossesse doit avoir été autorisée en bonne et due forme par un ou deux médecins qualifiés, selon le cas. Avant que le fœtus soit apte à survivre d'une façon autonome, l'autorisation d'un médecin sera suffisante; après, il faudra l'autorisation de deux médecins. Notons que rien n'empêche le médecin qui autorise l'avortement de pratiquer lui-même l'intervention.

Pour une minorité parmi les commissaires majoritaires, toutefois, la proposition ne va pas assez loin : on devrait supprimer toute restriction à l'avortement au cours des douze premières semaines, si ce n'est l'exigence d'une surveillance médicale; un autre motif ou une autre condition devrait donc être incluse à cet effet. Au cours de ce premier stade, donc, l'interruption de la grossesse relèverait uniquement de la femme enceinte et de son médecin. En fixant la ligne de démarcation à douze semaines, on se fonde sur les données suivantes : la femme, habituellement, ne sait pas qu'elle est enceinte avant la huitième semaine qui suit la fécondation; l'embryon ne devient un véritable fœtus que deux semaines plus tard; et la femme pourrait bien avoir besoin de deux autres semaines pour décider s'il est opportun de poursuivre ou d'interrompre la grossesse. Ce point de vue sous-tend l'autre possibilité formulée ci-dessus.

Les convictions morales du personnel médical

Notons enfin que l'article 3 proposé ne traite que de l'absence de responsabilité pénale dans certaines conditions. Il prévoit en effet une exception applicable à diverses infractions : homicide, voies de fait, destruction de fœtus et fait de causer un préjudice corporel à un fœtus, l'avortement légalement pratiqué ne pouvant engager la responsabilité pénale au regard de ces textes d'incrimination. Il n'impute par ailleurs aucune responsabilité aux médecins, infirmiers ou autres membres du personnel médical qui refusent ou s'abstiennent, en raison de convictions morales ou religieuses, de pratiquer des avortements.

En vertu du nouveau code proposé, la responsabilité pénale ne peut découler d'une omission que si l'une de deux conditions est remplie. Suivant la recommandation 2(3)b), en effet, il faut que l'omission en cause soit définie comme crime au code ou dans toute autre loi fédérale, ou encore qu'elle consiste dans un manquement à un devoir imposé à l'alinéa 2(3)c). Or, la seule omission pertinente qualifiée de crime au code est le refus d'assistance prévu à la recommandation 10(2), dont l'alinéa a) dispose : «commet un crime quiconque, s'apercevant qu'une autre personne est exposée

à un risque immédiat de mort ou de préjudice corporel grave, ne prend pas des mesures raisonnables afin de lui porter assistance»; cependant, l'alinéa b) prévoit une exception : «l'alinéa 10(2)a) ne s'applique pas lorsque la personne ne peut intervenir sans risque de mort ou de préjudice corporel grave pour autrui, ou lorsqu'elle a une autre raison valable de ne pas intervenir». Le médecin qui refuse pour des raisons d'ordre moral de pratiquer un avortement pourrait manifestement faire valoir qu'il avait une raison valable au sens de l'alinéa b).

D'autre part, le seul devoir susceptible d'application ici, parmi ceux qui sont énoncés à la recommandation 2(3)c), est celui de «prendre des mesures raisonnables pour :

(i) fournir les nécessités de la vie
[...]
(D) à toute personne à sa charge».

Le médecin qui refuse pour des raisons d'ordre moral ou religieux d'accomplir un avortement lorsque la vie d'une femme est en danger, pourrait échapper à la responsabilité pénale découlant de cette disposition en prenant la mesure raisonnable consistant à envoyer cette femme chez un autre médecin.

4. L'aptitude à survivre d'une façon autonome

Pour l'application de l'article 3 ci-dessus, le fœtus est apte à survivre d'une façon autonome lorsqu'il est âgé de vingt-deux semaines, suivant les signes cliniques habituellement utilisés en médecine.

Le terme «viable» signifie pour la médecine «apte à vivre»; et dans le cas du fœtus, la viabilité consiste dans l'aptitude à vivre hors du sein maternel, conditionnée par un développement normal et suffisant au cours de la vie intra-utérine[103]. La survie d'un fœtus né prématurément dépend dans une très large mesure de l'équipement disponible; les unités spécialisées dans les soins néonatals intensifs offrent de bien plus grandes chances de survie que le bureau du médecin, par exemple. La limite de vingt-deux semaines se justifie au regard du fait qu'habituellement, le fœtus ne survit pas, à l'heure actuelle, s'il naît plus tôt.

---

103. Voir la définition des termes «viable», «viabilité» et «fœtus viable» dans le *Dictionnaire français de médecine et de biologie*, Paris, Masson et Cie, 1971.

Incidence sur le droit actuel

RECOMMANDATION 11

La mise en œuvre du régime que nous proposons suppose le remplacement de toutes les dispositions du Code actuel relatives au fœtus par les dispositions présentées ci-dessus. Seraient éliminés les articles suivants :

article 206 — définition du terme «être humain»;
article 221 — fait de tuer un enfant pendant la mise au monde;
article 226 — négligence à se procurer de l'aide lors de l'enfantement;
article 227 — suppression de part;
article 251 — avortement;
article 252 — fourniture de substances délétères.

Voici les raisons motivant l'abrogation de ces six articles :

Article 206 — définition du terme «être humain»

La définition proposée pour le terme «personne» à l'article définitoire rendrait désormais inutile la définition artificielle du terme «être humain» figurant au paragraphe 206(1) du Code actuel, qui ne s'applique qu'aux personnes déjà nées, et non, contrairement à ce qui semblerait logique, au produit de la conception humaine. Certes, on pourrait prétendre que la nouvelle définition a également quelque chose d'artificiel. À cet égard, soulignons que la common law définit depuis longtemps le terme «personne» d'une façon arbitraire, pour qu'il embrasse les personnes morales. Dans ces conditions, la définition proposée, qui ne vise que les êtres humains déjà nés, s'écarte d'une façon moins marquée du langage courant.

La proposition contenue au paragraphe 1(2) de la recommandation 10 remplacerait les dispositions du paragraphe 206(2) du Code actuel qui, reprenant la position de la common law, qualifient d'homicide le fait de causer à un enfant non encore né des blessures qui entraînent sa mort après sa naissance. La règle appliquée dans l'affaire *R.* c. *Prince* se trouverait ainsi modifiée, et le fait en cause donnerait lieu à des accusations, non d'homicide, mais plutôt de destruction du fœtus.

Article 226 — négligence à se procurer de l'aide lors de l'enfantement

À l'origine, nous envisagions l'abrogation pure et simple de cette disposition. Mais tout bien considéré, nous avons conclu que l'omission d'obtenir l'aide requise pour l'accouchement doit être également réprimée, si elle a pour objet de tuer le fœtus ou de lui causer un préjudice corporel. Comme, selon la recommandation 2(3)b) et le paragraphe 6(1) de la version législative du rapport n° 31, les seules omissions criminelles sont celles qui consistent dans un manquement à un devoir énoncé dans la recommandation en question ou les omissions expressément qualifiées de crime, et comme les devoirs dont il est question ci-dessus ne doivent être accomplis qu'à l'égard

de personnes déjà nées, nous établissons un crime d'omission spécifique en ajoutant à l'infraction contre les fœtus les mots «ou en omettant etc.».

Articles 221 et 251 — avortement et fait de tuer un enfant au cours de la mise au monde

Ces deux dispositions distinctes deviennent inutiles, par suite de la création d'un crime général relatif au fœtus. Les faits visés dans les deux cas correspondront à la nouvelle infraction, dans la mesure où aucune exception n'est applicable. À notre avis, cette approche globale permet de mieux atteindre les objectifs de la loi, par l'adjonction d'un texte général assorti d'exceptions, plutôt que par la dissémination de crimes spécifiques sans dénominateur commun.

Article 227 — suppression de part

Cette disposition devient également inutile. Si quelqu'un fait disparaître le cadavre d'un enfant, ce sera soit pour dissimuler la commission d'un homicide ou d'un crime contre le fœtus, soit dans un autre dessein. Dans le premier cas, l'acte pourra être accompli par la personne qui a commis le crime en cause, ou encore par un tiers. Or, si le but consiste à cacher la perpétration d'un crime et que la dissimulation soit effectuée par l'auteur de ce crime, cette personne sera, en règle générale, inculpée non pas d'avoir fait disparaître le cadavre, mais bien du crime en question. Et lorsque la dissimulation est faite par un tiers, mais dans un dessein semblable, elle sera visée par d'autres dispositions du nouveau code, à savoir soit le crime consistant à dissimuler une preuve matérielle (recommandation 24(3)b) et al. 110*b*) de la version législative), soit celui d'entrave à la justice (recommandation 25(11) et art. 125 de la version législative). En revanche, lorsque la dissimulation du corps ne vise pas à cacher la perpétration d'un homicide ni d'un crime contre le fœtus, elle devrait simplement relever des règles s'appliquant à l'inhumation, aux statistiques de l'état civil, etc.

Article 252 — fourniture de substances délétères

Vu la création d'un crime général relatif au fœtus, cette disposition perd aussi sa raison d'être. Car, rappelons-le, si la substance est fournie pour provoquer un avortement illégal, celui qui la fournit est coupable, en vertu du code proposé, d'avoir favorisé la commission d'un crime contre le fœtus (recommandation 4(2) et art. 28 de la version législative). Et si la substance n'est pas fournie dans un dessein illégal, l'acte ne devrait pas engager la responsabilité pénale.

La recherche sur les fœtus et les embryons

Là se terminent nos recommandations en vue de la réforme des règles du droit pénal qui concernent le fœtus. Comme ces recommandations visent uniquement le fœtus défini (voir p. 52) comme le produit de la fécondation dans l'utérus, des

questions importantes demeurent non résolues en ce qui concerne les règles applicables aux embryons produits par fécondation in vitro et se trouvant hors de l'utérus. Ces êtres, bien que n'étant ni des fœtus ni des personnes selon les définitions proposées ici, n'en constituent pas moins une forme de vie humaine et sont à presque tous les égards semblables aux fœtus venant d'être conçus. La Commission étudiera d'une manière détaillée les problèmes d'ordre juridique et éthique touchant les embryons se trouvant hors de l'utérus, dans un document de travail consacré à l'expérimentation humaine; il est cependant opportun d'en toucher un mot dès à présent.

Les observations présentées ci-dessous ne s'appliquent qu'aux embryons se trouvant hors de l'utérus. C'est que les recherches sur les fœtus in utero font déjà l'objet de règles adéquates dans les dispositions proposées. Si les recherches ne causent aucun préjudice au fœtus, le crime prévu à l'article 1 n'est pas commis. Et si elles lui causent un préjudice, mais que celui-ci ne fût pas tenu pour probable ou très possible, il n'est pas causé à dessein, par témérité ni par négligence; encore une fois le crime prévu à l'article 1 n'est pas commis. S'il s'agit d'un traitement médical, c'est l'article 2 et non l'article 1 qui s'applique, et aucun crime n'est commis non plus. Enfin, si les recherches causent un préjudice qui était tenu pour probable ou très possible, et ne constituent pas un traitement médical suivant l'article 2, il y a commission du crime défini à l'article 1.

Pour revenir aux embryons ex utero, dans le cadre des programmes de fécondation in vitro, on utilise habituellement plus d'embryons que ceux pouvant être implantés en toute sécurité. Les embryons en surplus peuvent soit être simplement éliminés, soit être utilisés pour des expériences scientifiques. Les deux solutions sont justifiables. De toute évidence, l'élimination est parfaitement admissible puisque ces embryons sont voués à disparaître, ne pouvant être implantés en toute sécurité. Par ailleurs, l'expérimentation scientifique est certainement acceptable lorsqu'elle répond à des objectifs tels que l'accroissement des connaissances sur la vie humaine, l'aide aux couples sans enfants, la mise au point de traitements pour d'autres fœtus et embryons présentant des malformations. Par conséquent, et bien que les méthodes actuellement suivies dans les programmes de fécondation in vitro ne soient pas toutes à l'abri des critiques, la loi devrait permettre certains types de recherche sur les embryons, de même que leur élimination.

Les restrictions suivantes devraient selon nous être imposées à la recherche sur des embryons. Premièrement, les expériences ne devraient être autorisées qu'avec le consentement des parents. Pour les embryons produits avec des gamètes fournis par des donneurs, le consentement devrait être donné au moment du prélèvement; tous les renseignements pertinents quant à la nature et à l'objet des recherches devraient être fournis à ceux dont on exige le consentement, et celui-ci devrait être remis par écrit. Deuxièmement, les recherches devraient se limiter aux embryons âgés de moins de quatorze jours, l'âge étant déterminé ici à partir de la conception, car la DM n'entre évidemment pas en jeu lorsque l'embryon est produit in vitro. Cette limite est sans doute arbitraire, mais elle est conforme à un consensus international de plus en plus large à propos de la période pendant laquelle de telles recherches devraient être

autorisées. Enfin, ne devraient être autorisées que les expériences faites dans le cadre de la recherche médicale, et non à des fins commerciales, par exemple.

Par ailleurs, certains types de recherches témoignent d'un tel mépris pour la vie humaine qu'il y a peut-être lieu de les réprimer par le droit pénal. Entrent dans cette catégorie les recherches portant sur les croisements entre l'espèce humaine et des espèces animales, la création par clonage d'êtres humains identiques entre eux, l'implantation d'embryons humains dans des animaux ou l'inverse, l'ectogénèse (fait de maintenir des embryons hors de l'utérus), la parthénogénèse (production d'embryons sans union d'un ovule et d'un spermatozoïde), la fusion d'embryons (fait de combiner deux embryons ou davantage pour créer un seul être) et les expériences visant à créer des chimères. La menace que constituent de telles expériences pour les valeurs sociales fondamentales saute aux yeux, et le recours à des sanctions pénales est tout à fait opportun.

Toutefois, les mesures pénales ne peuvent jamais constituer qu'une réponse partielle en cette matière — elles conviennent seulement pour les atteintes les plus graves aux valeurs fondamentales. Les autres recherches devront être réglementées, par la voie soit de lignes directrices nationales, soit d'un texte législatif régissant la recherche sur l'embryon et le fœtus. Les conséquences découlant de l'inobservation de cette réglementation sont moins graves que le type de préjudice réprimé par le droit pénal, mais les conditions dans lesquelles se font les expériences touchant le fœtus n'en constituent pas moins un problème d'importance nationale.

À notre avis, tous les projets de recherche sur le fœtus se trouvant hors de l'utérus devraient être soumis à un processus d'évaluation et d'approbation avant leur mise en œuvre. La valeur des travaux devra avoir été confirmée par des pairs du chercheur réunis en comité. Il faudrait en outre tenir compte non seulement de la valeur scientifique des recherches, mais également de leurs incidences sur le plan moral. Aussi les décisions ne devraient-elles pas être prises uniquement par des scientifiques, mais par des comités de recherche pluridisciplinaires qui auraient un rôle de surveillance clair et dépourvu de toute ambiguïté : ils seraient tenus de veiller d'une part à ce que les critères scientifiques et éthiques en matière de recherche soient remplis à toutes les étapes, et d'autre part à l'application rigoureuse des règles concernant le respect du fœtus. Les recherches en cause doivent présenter un intérêt du point de vue scientifique (ce critère s'inscrit en réalité dans celui de la valeur scientifique de la recherche), et il faut que les données recherchées soient impossibles à obtenir par d'autres moyens comme la recherche sur les animaux ou sur des humains adultes. Il s'agit évidemment d'empêcher l'utilisation inconsidérée de fœtus pour des recherches de nature générale. Les recherches ne devraient pouvoir être effectuées que dans des centres de recherche et hôpitaux désignés. En effet, l'intérêt public exige que la surveillance soit facilitée et que l'expérimentation se fasse selon des méthodes répondant à des normes établies.

En principe, la participation à des recherches sur l'embryon ou le fœtus *ne devrait pas* être financièrement rémunérée. On pourrait permettre le remboursement de frais raisonnables, par exemple pour les déplacements, mais toute autre rémunération risquerait de s'avérer coercitive et devrait par conséquent être exclue.

D'autre part, il est légitime de congeler les embryons destinés à des recherches scientifiques ou éthiques dans l'avenir[104]. La conservation devrait cependant être limitée à une durée maximale de cinq ans. Après cette période, les embryons congelés pourraient être implantés, être détruits ou être utilisés pour des recherches (conformément aux restrictions proposées dans le présent document), dès lors que toutes les autres conditions sont remplies. En conformité avec les règles interdisant l'insémination artificielle après la mort du donneur, nul embryon ne devrait non plus pouvoir être conservé après la mort des parents génétiques. On devrait aussi établir un registre national où les naissances seraient inscrites, et où l'on tiendrait des statistiques complètes sur tous les aspects de l'utilisation des cellules germinales prélevées, tout en respectant la confidentialité. Il s'agit là d'une recommandation faite par un comité national canadien[105] en 1981.

Questions devant faire l'objet de recherches

Comme nous l'avons mentionné, la Commission prépare actuellement un document de travail sur l'expérimentation humaine, où elle présentera d'autres recommandations en matière de recherche sur l'embryon et le fœtus. Mentionnons pour finir certaines questions connexes qui devraient faire l'objet de recherches :

Maternité de substitution

Compte tenu du point de vue récemment exprimé par la Commission de réforme du droit de l'Ontario[106], qui préconisait la réglementation plutôt que l'interdiction, la Commission estime qu'il faut poursuivre la réflexion sur cette question.

Normes nationales en ce qui concerne les nouvelles techniques de reproduction

La réglementation des pratiques médicales relève de la compétence provinciale. Or, vu l'absence de procédure d'accréditation uniforme à l'échelle nationale et l'inexistence de restrictions applicables aux établissements, il faut tenir compte du risque de «tourisme interprovincial» pour le recours aux nouvelles techniques de reproduction, et examiner la question sérieusement.

Les peines applicables aux personnes qui fournissent de faux renseignements

Enfin, la question des sanctions à l'égard des donneurs qui dissimulent certains renseignements ou en donnent de faux, notamment en ce qui a trait aux déficiences génétiques, aux maladies héréditaires et aux antécédents médicaux, devra être étudiée de plus près.

---

104. Voir le *Rapport du Comité consultatif sur le stockage et l'utilisation du sperme humain présenté au ministre de la Santé nationale et du Bien-être social*, Ottawa, Santé et Bien-être social Canada, 1981.

105. *Ibid.*

106. COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DE L'ONTARIO, *Report on Human Artificial Reproduction and Related Matters*, Toronto, 1985.

CHAPITRE CINQ

Sommaire des recommandations

La réforme des règles actuelles

1. Il y aurait lieu de définir dans le nouveau code les termes «autrui» et «personne» de la façon suivante : «toute personne morale, et tout être humain qui est complètement et définitivement sorti du corps de sa mère, en vie et apte à survivre d'une façon autonome.»

2. Le nouveau code ne devrait comporter aucune disposition particulière visant le fait de tuer un enfant non encore né pendant la mise au monde.

3. Le nouveau code ne devrait comporter aucune disposition particulière visant le fait de négliger de se procurer de l'aide au moment de l'enfantement.

4. Le nouveau code ne devrait comporter aucune disposition visant la suppression de part.

5. Le nouveau code ne devrait comporter aucune disposition visant le fait de fournir des substances délétères.

6. Il y aurait lieu d'instituer un crime de portée générale consistant à détruire un fœtus ou à lui causer un préjudice corporel.

7. Le crime de portée générale consistant à détruire un fœtus ou à lui causer un préjudice corporel ne devrait pas viser les actes nécessaires pour sauver la vie de la mère.

8. Le crime de portée générale consistant à détruire un fœtus ou à lui causer un préjudice corporel ne devrait pas viser les actes accomplis pour soustraire la mère à un préjudice corporel grave.

9. Le crime consistant à détruire un fœtus ne devrait pas viser les actes accomplis avant la vingt-deuxième semaine de la grossesse pour protéger la santé physique ou psychologique de la mère *[ni les actes accomplis avant la douzième semaine de la grossesse (autre possibilité)]*.

10. Les dispositions suivantes devraient être adoptées :

Définitions

«Personne» Toute personne morale, et tout être humain qui est complètement et définitivement sorti du corps de sa mère, en vie et apte à survivre d'une façon autonome.

Pour l'application du présent titre, le terme «fœtus» désigne le produit de l'union, dans l'utérus, d'un spermatozoïde et d'un ovule humains, à quelque stade de la vie qui précède l'accession au statut de personne.

Un nouveau titre consacré au fœtus

1. Le fait de détruire un fœtus ou de lui causer un préjudice corporel

(1) Commet un crime quiconque,

a) à dessein, par témérité ou par négligence cause la destruction d'un fœtus ou lui cause un préjudice corporel grave;

b) étant une femme enceinte, cause à dessein la destruction de son fœtus ou lui cause délibérément un préjudice grave, par une action quelconque ou en omettant de prendre des dispositions raisonnables pour avoir de l'aide à l'accouchement.

(2) Le paragraphe (1) s'applique même si la destruction ou le préjudice corporel se réalise seulement après que le fœtus est devenu une personne.

Exceptions

2. Le traitement médical

Sauf en ce qui concerne les actes médicaux accomplis d'une manière négligente ou dans le dessein d'interrompre la grossesse, aucune responsabilité pénale ne découle du préjudice corporel causé à un fœtus ni de sa destruction, dans l'accomplissement d'actes médicaux ne comportant pas de risque de destruction ou de préjudice corporel disproportionné avec les avantages attendus, et pratiqués, avec le consentement de la mère donné en connaissance de cause, sur son fœtus ou sur elle-même dans un but thérapeutique ou en vue d'un diagnostic.

3. L'avortement légal

Aucune responsabilité pénale n'est imputable à la femme enceinte, au médecin qualifié ni à la personne agissant sous la surveillance d'un médecin qualifié, qui, avec le consentement de la femme donné en connaissance de cause, cause un préjudice corporel grave au fœtus ou sa destruction en interrompant la grossesse conformément à une autorisation médicale, dans l'un des cas suivants :

a) l'interruption de la grossesse vise à protéger la santé physique ou psychologique de la mère et est pratiquée avant que le fœtus soit apte à survivre d'une façon autonome;

b) l'interruption de la grossesse vise à sauver la vie de la mère ou à la soustraire à un préjudice corporel grave;

c) le fœtus présente une malformation ou infirmité d'une telle gravité que tout traitement médical pourrait légalement être exclu à sa naissance.

L'autorisation médicale doit être donnée par un médecin qualifié. Après que le fœtus est devenu apte à survivre d'une façon autonome, l'autorisation médicale doit, sauf impossibilité matérielle, être donnée par deux médecins qualifiés.

[Autre possibilité

Aucune responsabilité pénale n'est imputable à la femme enceinte, au médecin qualifié ni à la personne agissant sous la surveillance d'un médecin qualifié, qui, avec le consentement de la femme donné en connaissance de cause, cause un préjudice corporel grave au fœtus ou sa destruction en interrompant la grossesse conformément à une autorisation médicale, dans l'un des cas suivants :

a) le fœtus est âgé de moins de douze semaines;

b) l'interruption de la grossesse vise à protéger la santé physique ou psychologique de la mère, et le fœtus n'est pas encore apte à survivre d'une façon autonome;

c) l'interruption de la grossesse vise à sauver la vie de la mère ou à la soustraire à un préjudice corporel grave;

d) le fœtus présente une malformation ou infirmité d'une telle gravité que tout traitement médical pourrait légalement être exclu à sa naissance.]

4. L'aptitude à survivre d'une façon autonome

Pour l'application de l'article 3 ci-dessus, le fœtus est apte à survivre d'une façon autonome lorsqu'il est âgé de vingt-deux semaines, suivant les signes cliniques habituellement utilisés en médecine.

Incidence sur le droit actuel

11. La mise en œuvre du régime que nous proposons suppose le remplacement de toutes les dispositions du Code actuel relatives au fœtus par les dispositions présentées ci-dessus. Seraient éliminés les articles suivants :

article 206 — définition du terme «être humain»;
article 221 — fait de tuer un enfant pendant la mise au monde;
article 226 — négligence à se procurer de l'aide lors de l'enfantement;
article 227 — suppression de part;
article 251 — avortement;
article 252 — fourniture de substances délétères.

ANNEXE A

La réglementation de l'avortement dans divers pays

On trouvera dans les deux tableaux présentés ci-dessous, pour un certain nombre de pays occidentaux ou occidentalisés, les motifs pour lesquels l'avortement peut être pratiqué et la procédure à suivre. Le choix de ces pays répond à la volonté de donner une bonne idée de la diversité des solutions retenues en ce qui a trait à la possibilité d'obtenir l'avortement, aux modalités d'application et aux délais prévus.

Au cours des dernières décennies, on a assisté en règle générale à une libéralisation graduelle des régimes de l'avortement. Toutefois, de nombreux pays établissent des restrictions, quant aux motifs pour lesquels l'avortement est permis, selon le stade de la grossesse. Par ailleurs, la procédure d'autorisation peut elle aussi varier suivant le stade de la grossesse ou les motifs invoqués.

Dans plusieurs pays, les motifs pouvant justifier l'avortement ont été élargis : ils ne se limitent plus aux catégories traditionnelles fondées sur la santé physique ou mentale, ou encore les malformations du fœtus. En Finlande, par exemple, l'âge (moins de 17 ans ou plus de 40 ans) constitue un motif en soi. En Italie, le législateur tient compte des circonstances familiales, tandis qu'en France et aux Pays-Bas, la situation de détresse dans laquelle se trouve une femme enceinte peut constituer un motif d'avortement (qui est compris dans la catégorie «santé mentale»).

On trouve parmi les motifs d'avortement énumérés au tableau 1, les «motifs socio-économiques». Cette colonne renvoie aux textes de loi qui prennent en considération la situation sociale ou économique de la femme qui demande un avortement. La définition précise de cette expression varie d'un pays à l'autre. Au Danemark, par exemple, on évalue l'incidence de la grossesse et des soins à donner à l'enfant au regard de l'intérêt de la femme, de la gestion de son ménage et des soins donnés à ses autres enfants. La loi finlandaise permet de tenir compte des tensions que représente la venue d'un nouvel enfant pour les conditions de vie de la femme et celles de sa famille. En Norvège, on prend en considération le jugement porté par la femme sur sa propre situation.

Dans la plupart des pays en question, seul le consentement de la femme est requis; en Turquie, cependant, on exige aussi le consentement du conjoint. En Finlande, le père peut être autorisé à exprimer son opinion. Si la femme est mineure, elle peut par ailleurs avoir besoin du consentement de ses parents ou de son tuteur. En Italie et au Danemark, le consentement des parents ou du tuteur peut en certaines circonstances ne pas être impératif. On pourra également proposer à la femme d'obtenir des conseils professionnels, ou l'y obliger.

En 1983, l'arrêt *Roe* v. *Wade*[1] a marqué un tournant dans le débat sur l'avortement aux États-Unis. La Cour suprême y a reconnu que le quatorzième amendement garantit le droit à l'intimité de la vie privée, qui comprend le droit pour la femme d'interrompre une grossesse. Au cours du premier trimestre, la décision d'interrompre la grossesse relève de la femme et de son médecin. L'État ne peut réglementer l'avortement que dans le deuxième trimestre, en prescrivant des modalités qui sont véritablement reliées à la santé de la mère. L'avortement peut être réglementé ou interdit au cours de l'étape postérieure à la viabilité du fœtus, afin que soit consacré «l'intérêt supérieur» de l'État dans la préservation d'une vie humaine virtuelle, sauf lorsque la vie ou la santé de la mère est en danger.

Plusieurs règles établies par des États américains au sujet de l'avortement ont été déclarées inconstitutionnelles. Citons notamment : les règles suivant lesquelles, pendant le deuxième trimestre, tout avortement doit être pratiqué dans un hôpital[2], les dispositions détaillées touchant le consentement donné en connaissance de cause[3], les dispositions sur l'opposition du conjoint[4] et la période d'attente de vingt-quatre heures[5], parce qu'elles portent atteinte au droit de la femme à l'intimité de la vie privée, en ayant pour effet de la harceler ou d'influencer son choix, ou parce qu'elles freinent l'accès à l'avortement. On a également jugé inconstitutionnelle une disposition exigeant qu'un deuxième médecin soit présent au cours d'un avortement pratiqué après la viabilité[6], parce qu'elle était trop rigoureuse pour les situations d'urgence. Ce qui donne à penser, toutefois, que pour peu qu'elle soit assortie de tempéraments concernant les situations d'urgence, une telle disposition pourrait être jugée constitutionnelle, car elle favorise l'intérêt de l'État dans la protection de la vie du fœtus au cours du dernier trimestre.

Nota : On calcule habituellement la durée de la grossesse à compter du premier jour du cycle menstruel de la femme; dans de rares cas, en France par exemple, la durée de la grossesse est calculée à partir de la date de la conception.

---

1. 410 U.S. 113 (1973).
2. *City of Akron* v. *Akron Center for Reproductive Health Inc.*, 103 S. Ct. 2481 (1983).
3. *Thornburgh* v. *American College of Obstetricians and Gynecologists et al.*, 106 S. Ct. 2169 (1986).
4. *Planned Parenthood of Central Missouri* v. *Danforth*, 428 U.S. 52 (1976).
5. *City of Akron*, précité, note 2.
6. *Thornburgh*, précité, note 3.

TABLEAU I : MOTIFS JUSTIFIANT L'AVORTEMENT

PAYS	RISQUE POUR LA VIE	SANTÉ	SANTÉ MENTALE	EUGÉNIQUES (malformation)	JURIDIQUES viol/inceste	SOCIO-ÉCONOMIQUES	SUR DEMANDE
AUTRICHE	X	X	X	X			X (jusqu'à la 12e semaine)
BELGIQUE	X						
DANEMARK	X	X	X	X	X	X	X (jusqu'à la 12e semaine)
ESPAGNE	X	X	X	X (jusqu'à la 22e semaine)	X (jusqu'à la 12e semaine)	X	
FINLANDE	X	X	X (jusqu'à la 12e semaine)	X (jusqu'à la 24e semaine)	X (jusqu'à la 12e semaine)	X (jusqu'à la 12e semaine)	
FRANCE	X	X	X (jusqu'à la 10e semaine)	X			
IRLANDE DU NORD	X	X	X				
ITALIE	X	X	X	X	X (jusqu'à 90e jour)	X (jusqu'à 90e jour)	
NORVÈGE	X	X (jusqu'à la 18e semaine)	X (jusqu'à la 18e semaine)	X (Autorisé en tout temps lorsque le fœtus ne pourra être viable à la naissance)	X (jusqu'à la 18e semaine)	X (jusqu'à la 18e semaine)	X (jusqu'à la 12e semaine)

X = Motifs pouvant être invoqués pendant toute la durée de la grossesse sauf indication contraire.

TABLEAU I : MOTIFS JUSTIFIANT L'AVORTEMENT (Suite)

PAYS	RISQUE POUR LA VIE	SANTÉ	SANTÉ MENTALE	EUGÉNIQUES (malformation)	JURIDIQUES viol/inceste	SOCIO-ÉCONOMIQUES	SUR DEMANDE
NOUVELLE-ZÉLANDE	X	X	X	X (jusqu'à la 20e semaine)	X (jusqu'à la 20e semaine)		
PAYS-BAS	X		X (avant la viabilité du fœtus)				
PORTUGAL	X	X (jusqu'à la 12e semaine)	X (jusqu'à la 12e semaine)	X (jusqu'à la 16e semaine)	X (jusqu'à la 12e semaine)		
RÉPUBLIQUE FÉDÉRALE D'ALLEMAGNE	X	X	X (jusqu'à la 12e semaine)	X (jusqu'à la 22e semaine)	X (jusqu'à la 12e semaine)	X (jusqu'à la 12e semaine)	
ROYAUME-UNI (SAUF IRLANDE DU NORD)	X	X (jusqu'à la 28e semaine)	X (jusqu'à la 28e semaine)	X (jusqu'à la 28e semaine)		X (jusqu'à la 28e semaine)	
SUÈDE	X	X	X				X (jusqu'à la 18e semaine)
SUISSE	X	X					
TURQUIE	X			X			X (jusqu'à la 10e semaine)

X = Motifs pouvant être invoqués pendant toute la durée de la grossesse sauf indication contraire.

TABLEAU II : MODALITÉS APPLICABLES AUX AVORTEMENTS

PAYS	ÉTABLISSEMENTS DÉSIGNÉS	CONSENTEMENT	CONSULTATION	PÉRIODE DE RÉFLEXION	MODALITÉS D'APPROBATION	DOCUMENTS ÉCRITS
AUTRICHE		Femme enceinte.	Premier trimestre : avortement non punissable si un médecin a été consulté.			
DANEMARK	Hôpital d'État ou communal, ou encore clinique rattachée à l'hôpital.	• Femme enceinte; • Moins de 18 ans ou incapable : personne exerçant l'autorité parentale ou tuteur (la Commission peut renoncer à cette exigence).	Renseignements fournis quant à la possibilité de consultation.		• Aucune autorisation pendant les 12 premières semaines; • Aucune autorisation après 12 semaines, si la vie de la femme est en danger ou si sa santé physique ou mentale est menacée; • Autorisation d'un comité, après 12 semaines, dans les cas de viol, d'inceste ou de malformation du fœtus; • Comité composé de 3 personnes : membre du personnel d'un centre de bien-être social ayant une formation en droit ou en travail social, et 2 médecins.	
ESPAGNE	Centres de santé privés ou publics, accrédités.	Femme enceinte.	Femme informée des conséquences médicales, psychologiques et sociales de la poursuite ou de l'interruption de la grossesse.		• Menace pour la vie de la femme ou sa santé physique ou mentale : approbation possible par un médecin spécialiste dans la discipline concernée; • Malformation du fœtus : 2 médecins spécialistes d'un centre de santé public ou privé, accrédité.	Les centres de santé publics et privés doivent tenir un dossier et des formulaires d'évaluation et de consentement.

TABLEAU II : MODALITÉS APPLICABLES AUX AVORTEMENTS (*Suite*)

PAYS	ÉTABLISSEMENTS DÉSIGNÉS	CONSENTEMENT	CONSULTATION	PÉRIODE DE RÉFLEXION	MODALITÉS D'APPROBATION	DOCUMENTS ÉCRITS
FINLANDE	Hôpital approuvé à cet effet par un comité médical national (sauf en cas d'urgence).	• Femme enceinte; • Le père peut exprimer son opinion.			• Autorisation de 2 médecins dans les cas de : danger pour la vie, ou la santé physique ou mentale de la femme, motifs socio-économiques ou viol; • Autorisation du médecin traitant, si la femme a plus de 40 ans ou moins de 17 ans; • Autorisation du comité médical national, en cas de malformation du fœtus.	Opinion écrite des médecins qui autorisent l'avortement; obligation d'énoncer les motifs.
FRANCE	Établissements hospitaliers publics ou privés.	• Femme enceinte; • Mineure célibataire : personne exerçant l'autorisé parentale.	• Médecin doit informer la femme des risques médicaux et fournir une liste des établissements de consultation; • La femme doit obtenir un certificat écrit (attestation de consultation).	7 jours	• Jusqu'à la 10e semaine de la grossesse, la femme en situation de détresse doit consulter un médecin, visiter un établissement de consultation et peut obtenir l'avortement 7 jours après la consultation; • 2 médecins doivent attester que la santé de la femme est sérieusement en danger, ou que le fœtus présente une malformation, pour qu'un avortement puisse être pratiqué à tout stade de la grossesse. L'un des médecins doit pratiquer dans un établissement hospitalier public ou privé.	Le médecin doit envoyer une déclaration au médecin inspecteur régional de la santé, sans mention de l'identité de la femme.

TABLEAU II : MODALITÉS APPLICABLES AUX AVORTEMENTS (*Suite*)

PAYS	ÉTABLISSEMENTS DÉSIGNÉS	CONSENTEMENT	CONSULTATION	PÉRIODE DE RÉFLEXION	MODALITÉS D'APPROBATION	DOCUMENTS ÉCRITS
ITALIE	• Service d'obstétrique et de gynécologie des hôpitaux généraux, ou hôpitaux spécialisés; • L'avortement peut être pratiqué dans les dispensaires au cours des 90 premiers jours de la grossesse.	• Femme enceinte; • Moins de 18 ans : parent/tuteur, à moins qu'il soit inopportun ou impossible d'obtenir le consentement au cours des 90 premiers jours de la grossesse.	• Consultation surtout si les motifs de l'avortement sont de nature socio-économique ou familiale; • Présence du père lorsque la femme y consent.	7 jours	• La femme demande l'avortement à un centre de consultation public, un organisme médico-social ou un médecin qu'elle choisit; • Après 7 jours, la femme se présente à un établissement autorisé pour subir l'avortement.	L'hôpital/ dispensaire doit signaler les avortements aux autorités médicales provinciales, sans divulguer l'identité de la femme.
NORVÈGE	• Hôpital ou établissement approuvé; • Avant la 12e semaine de la grossesse : centre de santé ou dispensaire.	• Femme enceinte; • Moins de 16 ans ou déficiente mentale : les parents ou le tuteur peuvent exprimer leur avis.	Droit à la consultation.		• Avant la 12e semaine : la femme décide elle-même; demande soumise à un médecin; • Après la 12e semaine : demande soumise à un médecin ou à un comité composé de 2 médecins; • La femme peut se présenter devant la comité et exprimer son opinion.	Le médecin, après avoir consulté la femme, expose les motifs de l'avortement. Les hôpitaux doivent remettre au directeur médical du comté un rapport trimestriel.
NOUVELLE-ZÉLANDE	Établissement autorisé	Femme enceinte.			2 consultations donnent une attestation; l'un doit être obstétricien/gynécologue.	

TABLEAU II : MODALITÉS APPLICABLES AUX AVORTEMENTS (*Suite*)

PAYS	ÉTABLISSEMENTS DÉSIGNÉS	CONSENTEMENT	CONSULTATION	PÉRIODE DE RÉFLEXION	MODALITÉS D'APPROBATION	DOCUMENTS ÉCRITS
PAYS-BAS	Hôpital ou clinique titulaire d'un permis délivré par le ministère de la Santé et de la Protection de l'environnement.	Femme enceinte.		6 jours	La femme consulte un médecin et doit réfléchir pendant 6 jours de plus.	Une fois par mois, le médecin informe le médecin en chef du nombre d'avortements et de l'âge des femmes.
PORTUGAL	Établissement de santé officiel ou officiellement approuvé.	• La femme doit signer un formulaire de consentement au moins 3 jours avant l'intervention; • Moins de 16 ans ou incapable : (par ordre de priorité) mari, représentant juridique, ascendant ou descendant, collatéral.			Avis d'un deuxième médecin au sujet de la validité des motifs d'avortement.	Certificat médical écrit, où sont exposés les motifs de l'avortement.
RÉPUBLIQUE FÉDÉRALE D'ALLEMAGNE	Hôpital ou établissement autorisé à cet effet.	Femme enceinte.	Le médecin donne sons avis, la femme voit un conseiller au moins 3 jours avant l'intervention.			Confirmation écrite des motifs par un médecin qui n'est pas celui qui pratique l'avortement.

TABLEAU II : MODALITÉS APPLICABLES AUX AVORTEMENTS (*Suite*)

PAYS	ÉTABLISSEMENTS DÉSIGNÉS	CONSENTEMENT	CONSULTATION	PÉRIODE DE RÉFLEXION	MODALITÉS D'APPROBATION	DOCUMENTS ÉCRITS
ROYAUME-UNI	Hôpital public ou établissement approuvé par le Secrétaire d'État.	Femme enceinte.			• Deuxième avis médical, sauf en cas d'urgence.	
SUÈDE	Hôpital général ou établissement approuvé par le Comité national de la santé et du bien-être.	Femme enceinte.	Consultation avec un travailleur social après 12 semaines.		• Au cours des 12 premières semaines : la femme consulte un médecin; • Après 18 semaines : approbation requise de la part du Comité national de la santé et du bien-être.	
SUISSE		Femme enceinte.			Deuxième avis médical obligatoire.	Le médecin doit aviser l'autorité compétente du canton, dans les 24 heures suivant l'avortement.
TURQUIE		• Femme enceinte; • Si elle est mariée : conjoint; • Mineure : parent; • Tutelle : tuteur et juge de paix.			• Aucune autorisation nécessaire avant la 10e semaine; • À compter de la 10e semaine : en cas de malformation du fœtus, un obstétricien/gynécologue et un spécialiste du domaine doivent confirmer par écrit; • Dans les cas d'urgence, un médecin peut décider seul, mais doit faire rapport au directeur de la Santé et du Bien-être.	

Les renseignements présentés dans les tableaux ont été obtenus de diverses sources :

Conseil de l'Europe. (Informations obtenues de la Direction des affaires juridiques.)

COOK, R.J. et B.M. DICKENS, «International Development in Abortion Laws: 1977-1988» (1988), 72 *American Journal of Public Health*.

COOK, R.J. et B.M. DICKENS, *Issues in Reproductive Health Law in the Commonwealth*, Londres, Commonwealth Secretariat, 1986.

ORGANISATION MONDIALE DE LA SANTÉ, *Recueil international de législation sanitaire*, vol. 21 (4) 1970, vol. 24 (4) 1973, vol. 25 (3) 1974, vol. 25 (4) 1974, vol. 26 (2) 1975, vol. 27 (1) 1976, vol. 27 (2) 1976, vol. 27 (3) 1976, vol. 29 (2) 1978, vol. 30 (1) 1979, vol. 30 (2) 1979, vol. 30 (4) 1979, vol. 31 (1) 1980, vol. 31 (3) 1980, vol. 32 (3) 1981, vol. 34 (4) 1983, vol. 35 (4) 1984, vol. 38 (2) 1987.

TIETZE, C. et S.K. HENSHAW, *Induced Abortion: A World Review 1986*, 6e éd. New York, The Alan Guttmacher Institute, 1986.

Royaume-Uni, Hansard, vol. 124, n° 60, col. 49-51 (8 décembre 1987).

Sources législatives :

Autriche : Code pénal, art. 96-98 (Loi fédérale du 23 janvier 1974).

Belgique : Code pénal, art. 348-353 (1867).

Danemark : Loi n° 254 (12 juin 1975); loi n° 350 (13 juin 1973); ordonnance n° 511 (17 septembre 1973)

Espagne : Décret de la Couronne n° 2409/1986 (21 novembre 1986); loi organique n° 9 (5 juillet 1985).

Finlande : Loi n° 564, modifiant l'art. 5 de la loi sur l'interruption de la grossesse (14 juillet 1978); loi n° 239 (24 mars 1970).

France : Décret n° 80-285 portant application des art. L.162-8 et L.162-9 du *Code de la santé publique* (7 avril 1980); Loi n° 79-1294 (31 décembre 1979); Loi n° 75-17 (17 janvier 1975).

Italie : Loi 194, art. 1-22 (22 mai 1978).

Irlande du nord : Loi sur les infractions contre les personnes, art. 58-59 (1861).

Norvège : Loi n° 66, art. 1-14 (16 juin 1978); règlement relatif à la mise en œuvre des règles sur l'interruption de la grossesse (1er décembre 1978).

Nouvelle-Zélande : Loi modifiant le droit criminel (16 décembre 1977).

Pays-bas : Loi sur l'interruption de la grossesse (1er mai 1981).

Portugal : Loi n° 6184, art. 139-141 (11 mai 1984).

République fédérale d'Allemagne : Quinzième loi du 18 mai 1976, portant modification du droit pénal.

Royaume-uni : Loi de 1967 sur l'avortement; loi de 1929 sur la protection de l'enfance (ch. 34).

Suède : Loi n° 595 (14 juin 1974).

Suisse : Code pénal, section 2, art. 118-120 (21 décembre 1937).

Turquie : Loi sur le planning familial, art. 5-6 (24 mai 1983).

ANNEXE B

Bibliographie sélective

La présente bibliographie a été préparée à partir de celles que contiennent les ouvrages suivants :

GARFIELD, J.L. et P. HENNESSEY (dir.), *Abortion: Moral and Legal Perspectives*, Amherst, University of Massachusetts Press, 1984.

The Hastings Center's Bibliography of Ethics, Biomedicine and Professional Responsibility, Frederick (Md.), University Publications of America, 1984.

Rapport du Comité sur l'application des dispositions législatives sur l'avortement, Ottawa, Approvisionnements et Services Canada, 1977.

TIETZE, C. et S.K. HENSHAW, *Induced Abortion: A World Review 1986*, 6e éd., New York, The Alan Guttmacher Institute, 1986.

ADAMS, D.W., *Therapeutic Abortion: An Annotated Bibliography*, Hamilton, McMaster University Medical Center, 1973.

ANNAS, G.J., «The Supreme Court and Abortion: The Irrelevance of Medical Judgment» (1980), 10:5 *Hastings Center Report* 23.

ASSOCIATION DES HÔPITAUX CATHOLIQUES DU CANADA, *Survey of Medico-Moral Committees Established in Catholic Hospitals Across Canada*, Ottawa, 1972.

ASSOCIATION NATIONALE DE LA FEMME ET DU DROIT, COMITÉ NATIONAL DE LA DIRECTION, WORKING GROUP ON REPRODUCTIVE ISSUES, *Re Action on Abortion*, Ottawa, février 1988 (non publié).

BACKHOUSE, C.B., «Involuntary Motherhood: Abortion, Birth Control and the Law in Nineteenth Century Canada» (1983), 3 *Recueil annuel de Windsor d'accès à la justice* 61.

BACON, H., «Les aspects psychiatriques de l'avortement thérapeutique» (1969), 17:1 *Hygiène mentale au Canada* 21.

BALAKRISHNAN, T.R. *et al.*, *Fertility in a Canadian Metropolis*, Montréal et London, McGill-Queen's University Press, 1975.

BASSEN, P., «Present Stakes and Future Prospects: The Status of Early Abortion» (1982), 11 *Philosophy and Public Affairs* 314.

BATCHELOR, E. Jr. (dir.), *Abortion: The Moral Issues*, New York, Pilgrim Press, 1982.

BAUDOUIN, J.-L. et C. LABRUSSE-RIOU, *Produire l'homme, de quel droit?* : Étude juridique et éthique des procréations artificielles, Paris, Presses universitaires de France, 1987.

BECKER, L.C., «Human Being: The Boundaries of the Concept» (1975), 4 *Philosophy and Public Affairs* 334.

BELL, L. *et al.*, «Contraceptive Knowledge Among Undergraduates at a Canadian University» (1976), 124 *American Journal of Obstetrics and Gynecology* 499.

BENDA, E., «Impact of Constitutional Law on the Protection of Unborn Human Life: Some Comparative Remarks» (1977), 6 *Human Rights* 223.

BENSHOOF, J., «Mobilizing for Abortion Rights» (1977), 4 *Civil Liberties Review* 76.

BINET, L., «La maternité instituée comme phénomène social et politique» (1986), 1:2 *Revue juridique «La femme et le droit»* 313.

BLACK, E.F.E., «Abortion and Sterilization» (1961), 33 *Manitoba Bar News* 33.

BLAKE, J., «Abortion and Public Opinion: The 1960-1970 Decade» (1971), 71 *Science* 540.

BOGG, R., *Therapeutic Abortion at the University of Alberta Hospital: A Sociological Analysis*, Muncie (Ind.), Ball State University, 1973.

BOK, S., «Ethical Problems of Abortion», dans T.A. SHANNON (dir.), *Bioethics*, 3e éd., New Jersey, Paulist Press, 1987, 19.

BOWES, W.A. et B. SELGESTAD, «Fetal Versus Material Rights: Medical and Legal Perspectives» (1981), 58 *Obstetrics and Gynecology* 209.

BOYCE, R.M. et R.W. OSBORN, «Therapeutic Abortion in a Canadian City» (1970), 103 *Journal de l'Association médicale canadienne* 310.

BOYDELL, C.L. et C.F. GRINDSTAFF, «Public Attitudes Toward Legal Sanctions for Drug and Abortion Offences» (1971), 13 *Revue canadienne de criminologie* 209.

BRODY, B.A., *Abortion and the Sanctity of Human Life: A Philosophical View*, Cambridge (Mass.), MIT Press, 1975.

BRODY, H. *et al.*, «Therapeutic Abortion: A Prospective Study» (1971), 109 *American Journal of Obstetrics and Gynecology* 347.

BROWN, J.H., «Right to Abortion Remains Unstable, (casenote) *Thornburgh* v. *American College of Obstetricians and Gynecologists* 106 S.Ct. 2169 (1986)» (1987), 21 *Suffolk University Law Review* 877.

BUTLER, J.D. et D.F. WALBERT (dir.), *Abortion, Medicine and the Law*, 3e éd., New York, Facts on File Publications, 1986.

CALLAHAN, D., *Abortion: Law, Choice and Morality*, New York, MacMillan, 1970.

CALLAHAN, S. et D. CALLAHAN, «Breaking Through the Stereotypes» dans T.A. SHANNON (dir.), *Bioethics*, 3e éd., New Jersey, Paulist Press, 1987, 47.

CAMPBELL, T., «Abortion Law in Canada: A Need for Reform» (1977), 42 *Saskatchewan Law Review* 221.

CANADA, MINISTÈRE DE LA SANTÉ NATIONALE ET DU BIEN-ÊTRE SOCIAL, DIRECTION GÉNÉRALE DE LA RECHERCHE ET DES STATISTIQUES, *Review of Abortion Legislation and Experience in Selected Countries*, Ottawa, 1970.

CANADA, MINISTÈRE DE LA SANTÉ NATIONALE ET DU BIEN-ÊTRE SOCIAL, DIRECTION GÉNÉRALE DES PROGRAMMES DE LA SANTÉ, *Pilot Survey of Hospital Therapeutic Abortion Committees, British Columbia, 1971-1972*, Ottawa, 1974.

CANADA, MINISTÈRE DE LA SANTÉ NATIONALE ET DU BIEN-ÊTRE SOCIAL, DIVISION DE LA PLANIFICATION FAMILIALE, *Première conférence nationale sur le planning familial*, Ottawa, 1974.

CHERVENAK, F.A. *et al.*, «When is Termination of Pregnancy During the Third Trimester Morally Justifiable?» (1984), 310 *New England Journal of Medicine* 301.

CHEUNG, K.W., «The Abortion Decision -- A Qualified Constitutional Right in the United States: Whither Canada?» (1973), 51 *Revue du Barreau canadien* 643.

CHURCHILL, L.R. et J.J. SIMAN, «Abortion and the Rhetoric of Individual Rights: Why the Abortion Debate Is Sterile» (1982), 12:1 *Hastings Center Report* 9.

COHEN, M. (dir.), *Rights and Wrongs of Abortion*, Philosophy and Public Affairs Reader, Princeton (N.J.), Princeton University Press, 1974.

COHEN, M., L. RAPSON et W. WATTERS, *Survey of Hospital Abortion Committees in Canada*, Toronto, Doctors for Repeal of the Abortion Law, 1975.

COLLINS, A., *L'Avortement au Canada : l'inéluctable question*, Montréal, Éditions du Remue-ménage, 1987.

COLLINS, L.D., «The Legal Aspects of Abortion» (1975), 66 *Revue canadienne de santé publique* 234.

CONNERY, J.R., *Abortion: The Development of the Roman Catholic Perspective*, Chicago, Loyola University Press, 1977.

CONSEIL DES AFFAIRES SOCIALES ET DE LA FAMILLE, *Dossier sur l'avortement*, Québec, Éditeur officiel, 1973.

COOK, R.J. et B.M. DICKENS, *Issues in Reproductive Health Law in the Commonwealth*, London, Commonwealth Secretariat Publications, 1986.

COOK, R.J. et B.M. DICKENS, «La législation de l'avortement dans les pays du Commonwealth» (1979), 30 *Recueil international de Législation sanitaire* 445.

COOK, R.J. et P. SENANAYAKE (dir.), *The Human Problem of Abortion*, London, International Planned Parenthood Federation, Ad Hoc Expert Panel on Abortion, 1979.

CRAVEN, J.B. Jr., «Personhood: The Right to be let Alone», [1976] *Duke Law Journal* 699.

CRÉPEAU, P.-A., «Le consentement du mineur en matière de soins et traitements médicaux ou chirurgicaux selon le droit civil canadien» (1974), 52 *Revue du Barreau canadien* 247.

CURRY, R.E., «Demise of the Trimester Standard? (casenote) *City of Akron* v. *Akron Center for Reproductive Health, Inc.* 103 S.Ct. 2481 (1983)» (1984), 23 *Journal of Family Law* 267.

DALEY, T.T., «The Rights of the Unborn — A CAS Looks at Abortion» (1972), 48:3 *Canadian Welfare* 19.

DELEURY, E., «Une nouvelle perspective : le sujet reconnu comme objet de droit» (1972), 13 *Cahiers de Droit* 529.

DESTRO, R.A., «Abortion and the Constitution: The Need for a Life Protective Amendment» (1975), 63 *California Law Review* 1250.

DE VALK, A. (dir.), *Abortion Politics in Canada: Several Arguments*, Saskatoon, The Chelsea Bulletin, 1971.

DE VALK, A., *Morality and Law in Canadian Politics: The Abortion Controversy*, Montréal, Palm Publishers, 1974.

DE VEBER, L.L., «Point of View: Canadian Physicians for Life and the Abortion Issue» (1975), 46 *University of Western Ontario Medical Journal* 5.

DICKENS, B.M., «Abortion: Definitions and Implications» (1981), 124 *Journal de l'Association médicale canadienne* 113.

DUMONT, M., L'abolition du crime d'avortement dans la perspective de la réforme du droit criminel» (1980-81), 15 *Revue juridique Thémis* 149.

ELFORD, R.W., «Therapeutic Abortion» (1971), 105 *Journal de l'Association médicale canadienne* 638.

«Embryos to Lipstick?», *New Scientist*, n° 1477, 10 octobre 1985, 21.

ENGELHARDT, H.T. Jr., «Bioethics and the Process of Embodiment» (1975), 18 *Perspectives in Biology and Medicine* 486.

ENGELHARDT, H.T. Jr., «Viability and the Use of the Fetus», dans W. BONDESON *et al.* (dir.), *Abortion and the Status of the Fetus*, Hollande, D. Reidel Publishing, 1983, 183.

EVANS, J., «Tooley and Finnis on Abortion: Two Radically Opposing Views» (1983), 10 *New Zealand Universities Law Review* 261.

FAGOT, A., «Les droits de l'embryon humain et la notion de personne humaine potentielle» (1987), 92 *Revue de métaphysique et de morale* 361.

FAUX, M., *Roe v. Wade: The Untold Story of the Landmark Supreme Court Decision that Made Abortion Legal*, New York, Macmillan, 1988.

FEINBERG, J. (dir.), *Offence to Others*, New York, Oxford University Press, 1985.

FEINBERG, J. (dir.), *The Problem of Abortion*, Belmont (Calif.), Wadsworth Publishing, 1973.

FERREIRA, J.G., «The Human Life Bill: Personhood Revisited or Congress Takes Aim at *Roe* v. *Wade*» (1982), 10 *Hofstra Law Review* 1269.

FLETCHER, J.C., «The Fetus As Patient: Ethical Issues» (1981), 246 *Journal of the American Medical Association* 772.

FOST, N. *et al.*, «The Limited Moral Significance of 'Fetal Viability'» (1980), 10:6 *Hastings Center Report* 10.

FRANKOWSKI, S.J. et G.F. COLE (dir.), *Abortion and Protection of the Human Fetus: Legal Problems in a Cross-Cultural Perspective*, Dordrecht (Hollande), Martinus Nijhoff Publishers, 1987.

GALLAGHER, J., «Fetal Personhood and Women's Policy», dans V. Sapiro, (dir.), *Women, Biology, and Public Policy*, Beverly Hills (Calif.), Sage Publications, 1985, 91.

GARFIELD, J.L. et P. HENNESSEY (dir.), *Abortion: Moral and Legal Perspectives*, Amherst, University of Massachusetts Press, 1984.

GAVIGAN, S.A.M., «On 'Bringing on the Menses': The Criminal Liability of Women and the Therapeutic Exception in Canadian Abortion Law» (1986), 1:2 *Revue juridique «La femme et le droit»* 279.

GEEKIE, D.A., «Abortion: A Review of CMA Policy and Positions» (1974), 111 *Journal de l'Association médicale canadienne* 1.

GILLESPIE, N.C., «Abortion and Human Rights» (1977), 87 *Ethics* 237.

GINSBURG, R.B., «Some Thoughts on Autonomy and Equality in Relation to *Roe* v. *Wade*.» (1985), 63 *North Carolina Law Review* 375.

GLENDON, M.A., *Abortion and Divorce in Western Law*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1987.

HUNTER, I.A., «Notes and Comments. Trial by Jury: *R.* v. *Morgentaler*» (1986-1987), 29 *Criminal Law Quarterly* 176.
GOODE, P.T. (dir.), *Abortion Bibliography for 1985*, Troy (N.Y.), Whitston Publishing, 1988.
GOODMAN, M.F. (dir.), *«What is a Person?»*, Clifton (N.J.) Humana Press, 1988.
GRADY, K.J., «The Value of Life, (casenote) *Thornburgh* v. *American College of Obstetricians and Gynecologists* 106 S.Ct. 2169 (1986)» (1987), 10 *Hamline Law Review* 623.
GRANFIELD, D., *The Abortion Decision*, New York, Doubleday, 1969.
GRAY, C.B., «The Notion of Person for Medical Law» (1981), 11 *Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke* 341.
GRISEZ, G.G., *Abortion: The Myths, the Realities, and the Arguments*, New York, Corpus Books, 1970.
HALL, R.E. (dir.), *Abortion in a Changing World*, New York, Columbia University Press, 1970.
HARE, R.M., «Abortion and The Golden Rule» (1975), 4 *Philosophy and Public Affairs* 201.
HARNOIS, L., *Rapport de recherche sur l'avortement au Québec*, Montréal, Le Regroupement des Centres de Santé de femmes du Québec, 1987.
HARRISON, C.P., «Abortion and the Law» (1968), 98 *Journal de l'Association médicale canadienne* 973.
HARRISON, C.P., «The Doctor and The Patient Under Legalized Abortion» (1967), 97 *Journal de l'Association médicale canadienne* 249.
Hastings Center's Bibliography of Ethics, Biomedicine and Professional Responsibility, Frederick (Maryland), University Publications of America, 1984.
HEATH, D.S., «Psychiatry and Abortion» (1971), 16 *Canadian Psychiatric Association Journal* 55.
HÉBERT, M., *L'avortement : aspects juridiques*, Ottawa, Bibliothèque du Parlement, Direction de la Recherche, 1987.
HODGSON, J.E. (dir.), *Abortion and Sterilization: Medical and Social Aspects*, New York, Grune and Stratton, 1981.
HUMBER, J.M., «Abortion, Fetal Research and the Law» (1977), 4 *Social Theory and Practice* 127.
HYDE, H.J., «Overturn *Roe* v. *Wade*: the Value of Human Life» (1988), 74:1 *American Bar Association Journal* 32.
JOHN, H.J., «Reflections on Autonomy and Abortion» (1986), 17 *Journal of Social Philosophy* 3.
JOHNSEN, D.E., «A New Threat to Pregnant Women's Autonomy» (1987), 17:4 *Hastings Center Report* 33.
JOHNSEN, D.E., «The Creation of Fetal Rights; Conflicts with Women's Constitutional Rights to Liberty, Privacy, and Equal Protection» (1986), 95 *Yale Law Journal* 599.
JONES, C.J., «Abortion and the Consideration of Fundamental, Irreconcilable Interests» (1982), 33 *Syracuse Law Review* 565.
KASS, L.R., «Determining Death and Viability in Fetuses and Abortuses» (1977), 2:2 *Bioethics Digest* 1.
KING, P.A., «The Juridical Status of the Fetus: A Proposal for the Legal Protection of the Unborn» (1979), 77 *Michigan Law Review* 1647.
KLUGE, E.-H.W., «The Right to Life of Potential Persons» (1976-1977), 3 *Dalhousie Law Journal* 837.
KNOPPERS, B.M., *Conception artificielle et responsabilité médicale : une étude de droit comparé*. Cowansville (Qc), Éditions Yvon Blais, 1986.
KNOPPERS, B.M., «Modern Birth Technology and Human Rights» (1985), 34 *American Journal of Comparative Law* 1.
KNOPPERS, B.M., «Reproductive Technology and International Mechanisms of Protection of the Human Person» (1987), 32 *Revue de droit de McGill* 336.
KOOP, C.E., «The Right to Life» (1975), 1 *Human Life Review* 65.
KOURI, R.P., «Réflexions sur le statut juridique du fœtus» (1980-81), 15 *Revue Juridique Thémis* 193.
KREMER, E.J. et E.A. SYNAN (dir.), *Death Before Birth: Canada and the Abortion Question*, Toronto, Griffin House, 1974.

KRIMMEL, H. et M. FOOLEY, «Abortion: An Inspection into the Nature of Human Life and Potential Consequences of Legalizing Its Destruction» (1977), 46 *Cincinnati Law Review* 725.

«Late Abortion and Technological Advancement of Fetal Viability» (1985), 17 *Family Planning Perspectives* 160.

LENOW, J.L., «The Fetus as a Patient: Emerging Rights as a Person?» (1983), 9 *American Journal of Law and Medicine* 1.

LONG, L., «The Abortion Issue: An Overview» (1985), 23 *Alberta Law Review* 453.

MACKLIN, R., «Personhood in Bioethics Literature» (1983), 61:1 *Milbank Memorial Quarterly* 35.

MAGUIRE, M.R., «Personhood, Covenant and Abortion» (1984), *The Annual of the Society of Christian Ethics* 117.

MAHLER, H., «The Safe Motherhood Initiative: A Call to Action», *The Lancet*, 21 mars 1987, 668.

MANIER, E. *et al.*, *Abortion: New Directions For Policy Studies*, Notre Dame (Ind.), University of Notre Dame Press, 1978.

MARTIN, S.L., «Canada's Abortion Law and the Canadian Charter of Rights and Freedoms» (1986), 1:2 *Revue juridique «La femme et le droit»* 339.

MARTIN, S.L., «The Reluctance of the Judiciary to Balance Competing Interests: *R.* v. *Morgentaler* in the Ontario Court of Appeal» (1986), 1:2 *Revue juridique «La femme et le droit»* 537.

MAYRAND, A., *L'inviolabilité de la personne humaine*, Wainwright Lectures, Montréal, Wilson et Lafleur, 1975.

MCDONNELL, K., *Not an Easy Choice: A Feminist Re-Examines Abortion*, Toronto, Women's Press, 1984.

MCNAMARA, E.M., «The Minor's Right to Abortion and the Requirement of Parental Consent» (1974), 60 *Virginia Law Review* 305.

MEYER, F., «La protection juridique de la vie ante natale» (1987), 23:4 *Rev. Drt. Sanit. et Soc.*

MICHELMAN, K., «A Milestone for Women (Overturn *Roe* v. *Wade*?)» (1988), 74:1 *American Bar Association Journal* 33.

MOHR, J., *Abortion in America: The Origins and Evaluation of National Policy 1800-1900*, New York, Oxford University Press, 1978.

MONGEAU, S., «The Abortion Problem» (1971), 39 *McGill Medical Journal* 81.

MOORE, K.L., *The Developing Human: Clinically Oriented Embryology*, 4e éd., Philadelphie, Saunders, 1988.

MORGENTALER, H., «Report on 5,641 Outpatient Abortions by Vacuum Suction Curettage» (1973), 109 *Journal de l'Association médicale canadienne* 1202.

MURPHY, J.S., «Abortion Rights and Fetal Termination» (1986), 17 *Journal of Social Philosophy* 11.

MURRAY, T.H., «Moral Obligations to the Not-Yet-Born: The Fetus as Patient» (1987), 14 *Clinics in Perinatology* 329.

MURRAY, T.H., «Who do Fetal Protection Policies Really Protect?» (1985), 88:3 *Technology Review* 12.

NATIONAL CANADIAN CONFERENCE ON ABORTION, *A Selected Annotated Bibliography on Abortion*, S.N. Wojcichowsky (dir.), Toronto, St. Michael's College, 1972.

NELSON, T.A., «Taking Roe to the Limits: Treating Viable Feticide as Murder» (1984), 17 *Indiana Law Review* 1119.

NICHOLSON, S., «Abortion: On Fetal Indications», dans T.A. SHANNON (dir.), *Bioethics*, 3e éd., New Jersey, Paulist Press, 1987, 57.

NOONAN, J.T., «Era: Equal Rights for Abortion?» (1984), 10:2 *Human Life Review* 29.

NOONAN, J.T. (dir.), *The Morality of Abortion: Legal and Historical Perspectives*, Cambridge, Harvard University Press, 1970.

Note, «The Trimester Approach: How Long Can the Legal Fiction Last?» (1984), 35 *Mercer Law Review* 891.

«Nurses Have Right to Refuse to Perform Abortion — CNA» (1972), 14 *Hospital Administration in Canada* 13.

PETCHESKY, R.P, *Abortion and Woman's Choice: The State, Sexuality, and the Conditions of Reproductive Freedom*, New York, Longman, 1984.

PICHER, P., «The Invalidity of Canada's Abortion Law — Section 251 of the Criminal Code» (1974), 24 *Criminal Reports* (N.S.) 1.

POSZONYI, J., *A Longitudinal Study of Unmarried Mothers who Kept Their First Born Children*, Ottawa, Ministère de la Santé nationale et du Bien-être social, 1973.

PRATTE, S., *La législation sur l'avortement vue sous l'angle des droits fondamentaux de la personne ou quand deux droits fondamentaux s'affrontent*, Québec, Université Laval, 1987.

PRICE, D.P.T., «Selective Reduction and Feticide: the Parameters of Abortion», [1988] *Criminal Law Review* 199.

Rapport de la Commission d'enquête concernant la fécondation et l'embryologie humaines, Paris, La Documentation française, 1985, Présidente : Dame Mary Warnock, Commandeur de l'Ordre de l'Empire Britannique.

Rapport du Comité sur l'application des dispositions législatives sur l'avortement, (rapport Badgley), Ottawa, Approvisionnements et Services Canada, 1977.

Rapport sur l'avortement thérapeutique en Ontario — Enquête ordonnée par le ministère de la Santé, Toronto, Le Ministère, 1987 (M. Powell, commissaire).

REES, G., «State Protection of the Viable Unborn Child After *Roe* v. *Wade*: How Little, How Late?» (1976), 37 *Louisiana Law Review* 270.

REIDINGER, P., «Will *Roe* v. *Wade* be Overruled?» (1988), 74 *American Bar Association Journal* 66.

RESCH, C. et S.C. ROBINSON, «Therapeutic Abortion and its Complications in Halifax, Nova Scotia» (1973), 52 *Nova Scotia Medical Bulletin* 67.

RHODEN, N.K., «The New Neonatal Dilemma: Live Births from Late Abortions» (1984), 72 *Georgetown Law Journal* 1451.

RHODEN, N.K., «Trimesters and Technology: Revamping *Roe* v. *Wade* (1986), 95 *Yale Law Journal* 639.

RICE, C.F., «Implications of the Coming Retreat from *Roe* v. *Wade*» (1988), 4 *Journal of Contemporary Health Law and Policy* 1.

RIVET, M., «Le droit à la vie ou «L'Hominisation» du XXIe siècle: L'Éthique et le droit répondent à la science», dans D. TURP et G.A. BEAUDOIN (dir.), *Perspectives canadiennes et européennes des droits de la personne*, Cowansville (Qc), Éditions Yvon Blais, 1986, 437.

RIVET, M., «Esquisse d'un profil de la personne selon le droit» (1980-81), 11 *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke* 417.

RIVET, M., «Quand la médecine intervient dans la genèse de la conception, que fait le droit?» (1975-76), 6 *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke* 199.

ROBERT, J., «Le droit à la vie et le commencement de la vie», dans D. Turp et G.A. Beaudoin (dir.), *Perspectives canadiennes et européennes des droits de la personne*, Cowansville (Qc), Éditions Yvon Blais, 1984, 437.

ROBERTSON, J., «Embryos, Families, and Procreative Liberty: The Legal Structure of the New Reproduction» (1986), 59 *Southern California Law Review* 939.

RODGERS, S., «Fetal Rights and Maternal Rights: Is there a Conflict?» (1986), 1:2 *Revue juridique «La femme et le droit»* 456.

ROGERS, J.M. et D.W. ADAMS, «Therapeutic Abortion: A Multidisciplined Approach to Patient Care from Social Work Perspective» (1973), 64 *Revue canadienne de santé publique* 254.

ROYAL COMMISSION ON FAMILY AND CHILDREN'S LAW, *The Medical Consent of Minors*, Rapport n° 12, Vancouver, août 1974.

ROYAUME-UNI, COMMITTEE ON THE WORKING OF THE ABORTION ACT, *Report*, Londres, HMSO, 1974.

SCHNEIDER, C.E. et M.A. VINOVSKIS (dir.), *The Law and Politics of Abortion*, Lexington (Md.), D.C. Health, 1980.

SEBEK, M., «Towards a Practical Implementation of the Abortion Decision: The Interests of the Physician, the Woman, and the Fetus» (1976), 25 *DePaul Law Review* 676.

SENDOR, B.B., «Medical Responsibility for Fetal Survival under *Roe* (Roe v. Wade, 93 Sup. Ct 705) and *Doe* (Doe v. Bolton, 93 Sup. Ct 739)» (1975), 10 *Harvard Civil Rights — Civil Liberties Law Review* 444.

SHANNON, T.A., «Abortion: A Review of Ethical Aspects of Public Policy», dans T.A. SHANNON (dir.), *Bioethics*, 3e éd., New Jersey, Paulist Press, 1987, 77.

SHARPE, G., *The Law and Medicine in Canada*, 2e éd., Toronto, Butterworths, 1987.

SHAW, M.W. et A.E. DOUDERA (dir.), *Defining Human Life: Medical, Legal, and Ethical Implications*, Ann Arbor (Mich.), AUPHA Press, 1983.

SHEEHY, E.A., *Autonomie personnelle et droit criminel : quelques questions d'avenir pour les femmes*, Ottawa, Conseil consultatif canadien sur la situation de la femme, 1987.

SHUMIATCHER, M.C., «'I Set Before You Life and Death'» (Abortion — Borowski and the Constitution)» (1987), 24:2 *University of Western Ontario Law Review* 1.

SKEGG, P.D.G., «Consent to Medical Procedures on Minors» (1973), 36 *Modern Law Review* 370.

SMITH, K.D. et H.S. WINEBERG, «A Survey of Therapeutic Abortion Committees» (1970), 12 *Criminal Law Quarterly* 279.

SMITH, S.L., «Canadian Doctors: Victims of the Abortion Laws» (1970), 16 *Médecin de famille canadien* 58.

SOCIÉTÉ RADIO-CANADA, RECHERCHES ET SONDAGES, *Public Opinion in Canada on Certain Aspects of the Law Relating to Abortion: A Fact-Finding Survey 1970*, Ottawa, 1971.

SOMERVILLE, M., «Reflections in Canadian Abortion Law: Evacuation and Destruction — Two Separate Issues» (1981), 31 *University of Toronto Law Journal* 1.

SPIVAK, M., «Therapeutic Abortion — A Twelve Year Review at the Toronto General Hospital, 1954-1965» (1964), 97 *American Journal of Obstetrics and Gynecology* 316.

«Statement of the Canadian Bishops on Abortion» (1971), 2 *Canadian Hospital* 1.

STATISTIQUE CANADA, *Avortements thérapeutiques, 1985*, Ottawa, Approvisionnements et Services Canada, 1986.

STITH, R., «New Constitutional and Penal Theory in Spanish Abortion Law» (1987), 35 *American Journal of Comparative Law* 513.

SUMNER, L.W., *Abortion and Moral Theory*, Princeton (N.J.), Princeton University Press, 1981.

SZUMSKI, B., *Abortion, Opposing Viewpoints*, St-Paul (Minn.), Greenhaven Press, 1986.

THOMAS, M., «Moral Obligations to the Not-Yet-Born: the Fetus as Patient» (1987), 14:2 *Clinics in Perinatology* 341.

THOMSON, J.J., «A Defence of Abortion» (1971), 1 *Philosophy and Public Affairs* 47.

TIETZE, C. et S.K. HENSHAW, *Induced Abortion: A World Review 1986*, 6e éd., New York, The Alan Guttmacher Institute, 1986.

TOOLEY, M., «Abortion and Infanticide» (1972), 2 *Philosophy and Public Affairs* 37.

WADLINGTON, W., «Minors and Health Care: The Age of Consent» (1973), 11 *Osgoode Hall Law Journal* 115.

WALLS, S., *La loi sur l'avortement et l'amélioration des services d'avortement*, Pour le Victoria Caucus of Women and the Law, Ottawa, Association Nationale de la Femme et le Droit, 1982.

WARREN, M.A., «The Abortion Issue», dans D. VanDeVeer et T. Regan (dir.), *Health Care Ethics: An Introduction*, Philadelphie, Temple University Press, 1986.

WARREN, M.A., «Do Potential People Have Moral Rights?» (1977), 7 *Canadian Journal of Philosophy* 275.

WEILER, K.M. et K. CATTON, «The Unborn Child in Canadian Law» (1976), 14 *Osgoode Hall Law Journal* 643.

WERTHEIMER, R., «Understanding the Abortion Argument» (1971), 1 *Philosophy and Public Affairs* 67.

WILLIAMS, G., *The Sanctity of Life and the Criminal Law*, New York, Alfred A. Knopf, 1974.

WOOD, M.A. et L.B. HAWKINS, «State Regulation of Late Abortion and the Physician's Duty of Care to the Viable Fetus» (1980), 45 *Missouri Law Review* 394.

WREEN, M., «Abortion: The Extreme Liberal Position» (1987), 12 *Journal of Medicine and Philosophy* 241.

DISSIDENCE

par Joseph Maingot, c.r., commissaire

Selon mes collègues, les règles du droit pénal applicables au fœtus humain sont insatisfaisantes et une réforme s'impose. Cette réforme devrait comporter la création d'un nouveau crime de portée générale consistant à causer la mort d'un fœtus ou à lui occasionner un préjudice corporel grave. La loi prévoirait cependant des exceptions au sujet du traitement médical et de l'avortement légal.

Je souscris en partie à ce point de vue. Je pense moi aussi que les règles actuelles sont insatisfaisantes, qu'il y a lieu d'instituer un crime de portée générale concernant le fœtus, assorti de certaines exceptions. Cela dit, je ne puis malheureusement donner ma pleine adhésion aux exceptions proposées par mes collègues[1].

Je suis d'accord avec celle qui a trait au traitement médical. Au sujet de la seconde, relative à l'avortement légal, je suis dans une large mesure en désaccord avec mes collègues. À mon avis, l'avortement devrait faire l'objet de restrictions beaucoup plus rigoureuses que ce qu'ils envisagent.

À l'heure actuelle, nombreux sont ceux pour qui la légalisation de l'avortement constitue la solution évidente à un problème social urgent qu'ils définissent ainsi : beaucoup de grossesses ne sont pas voulues et les femmes enceintes souhaitent dans bien des cas les interrompre; or, le droit pénal les en empêchait jusqu'à récemment et cela pourrait se reproduire. Aussi souhaite-t-on exclure l'avortement du champ d'application du droit pénal.

Bien des gens seraient donc d'accord avec mes collègues, selon qui l'avortement devrait être tenu pour légal dans trois situations. Il s'agit du cas où l'avortement est pratiqué avant que l'enfant soit apte à survivre hors de l'utérus (vingt semaines après la conception), pour protéger la «santé» physique ou psychologique de la mère (le terme santé n'étant pas défini); du cas où il est pratiqué pour sauver la vie de la mère ou pour la soustraire à un préjudice corporel grave; enfin, du cas où l'enfant à naître présente une malformation «fatale».

---

1. Je tiens à exprimer ma gratitude au doyen adjoint Gerard A. Ferguson, de la Faculté de droit de l'université de Victoria (C.-B.), pour la documentation très utile qu'il m'a gracieusement fournie et dont je me suis abondamment servi. Le doyen Ferguson est un ancien chercheur à temps plein à la Commission de réforme du droit et il travaille encore fréquemment pour elle à temps partiel. Je me suis également inspiré des ouvrages suivants : ***The Meaning of Morgentaler***, du professeur Alvin Esau, université du Manitoba, chercheur invité, Regent College; ***Reflections on Morgentaler***, du professeur H.R.S. Ryan, Faculté de droit, université Queen, Kingston (Ontario); ***A Response to 'Options for Abortion Policy Reforms: A consultation Document'***, de Colleen M. Kovacs; «A Law Against Abortion is not Enough», du professeur Bela Somfai, ***Compass***, mai 1988, p. 31.

À mon avis, toutefois, le problème ne tient pas aux grossesses elles-mêmes, mais plutôt au fait qu'elles ne soient pas désirées. Or, ce n'est pas en rendant l'avortement de plus en plus facile sur les plans juridique et pratique que l'on pourra trouver la solution à ce problème. Il conviendrait plutôt de prendre des mesures sociales afin de réduire le nombre de grossesses non désirées, en appuyant davantage les parents et surtout les familles monoparentales, en intensifiant les services de garderie pour les mères qui travaillent et en trouvant des solutions plus efficaces aux problèmes que rencontrent ces dernières. En outre, il faut encourager un changement d'attitude à l'égard de la grossesse, de la famille et de l'avortement. Il faut en fait modifier notre attitude à l'égard de l'enfant non encore né.

Voilà pourquoi je ne suis que partiellement d'accord avec mes collègues sur ces questions. En résumé, je conviens que l'avortement devrait être permis lorsqu'il s'avère nécessaire pour sauver la vie de la mère ou la soustraire à un risque réel et sérieux pour sa santé, s'il n'existe aucune autre méthode médicale reconnue et efficace pour atteindre cet objectif. Je soulignerai d'abord que le terme «santé» doit être soigneusement défini et ensuite, que de telles situations sont rares de nos jours, vu les progrès de la science et de la pratique médicales. Dans la plupart des cas, les médecins, fidèles à l'esprit du serment d'Hippocrate, font tout pour sauver les deux patients, la mère et l'enfant qu'elle porte. À mon sens, cependant, l'avortement ne devrait pas être tenu pour légal dans les deux autres situations. La loi ne devrait pas permettre l'avortement, même avant que le fœtus soit apte à survivre hors de l'utérus, lorsque l'on veut simplement protéger la santé physique ou psychologique de la mère dans des situations où sa vie n'est pas en danger, particulièrement si la «santé» n'est pas définie. Selon moi, il ne devrait pas non plus être permis de pratiquer un avortement parce que le fœtus souffre d'une malformation «fatale».

Mon désaccord avec mes collègues, sur les deux situations décrites ci-dessus, est fondé sur plusieurs motifs ayant trait à la nature du fœtus humain telle qu'on la conçoit, au contexte juridique du problème et à la justification de la réforme.

I. La nature du fœtus humain — l'enfant non encore né

Lorsqu'il est question d'avortement, ou encore d'interruption volontaire de la grossesse, il est en réalité question du fait de causer intentionnellement la mort d'un embryon ou fœtus humain se trouvant dans l'utérus, ou encore de l'expulsion prématurée provoquée dans l'intention de causer la mort d'un fœtus humain. Se pose par conséquent une question cruciale : quelle est donc la nature de cet embryon ou fœtus humain dont la mort résultera de l'avortement?

Le D[r] Jérôme Lejeune, l'un des plus grands généticiens de notre époque, nous enseigne que la fusion d'un ovule et d'un spermatozoïde entraîne la création des premières cellules humaines d'un individu distinct. Dès lors, tout est déjà déterminé : la couleur des yeux, des cheveux et de la peau, la forme du nez et des oreilles, la force

physique de la personne. [TRADUCTION] «Tous les caractères qui distinguent un individu, qui font qu'il s'appellera plus tard Pierre ou Marie [...] sont déjà gravés dans la constitution génétique qui lui est propre[2]».

Pour certains, l'origine des talents et des aptitudes qu'une personne pourra développer ne peut se retrouver dans une cellule humaine particulière, comme celle qui détermine la couleur des yeux d'une personne. Pourtant, l'embryon porte déjà ces caractéristiques en lui. Le développement des aptitudes personnelles (conscience de soi, choix et créativité, par exemple) n'est pas étranger au développement organique; rien ne permet d'affirmer qu'elles viennent en quelque sorte s'ajouter à tel ou tel moment. Suivant le Dr Lejeune, [TRADUCTION] «si l'ovule fécondé n'était pas en soi un être humain au plein sens du terme, il ne pourrait jamais devenir un homme, parce que pour cela il faudrait lui ajouter quelque chose; or nous savons que cela ne se produit pas[3]».

Au cours de la dernière décennie, la médecine prénatale a raccourci de plus de quarante jours la période au terme de laquelle le fœtus humain est viable; ce moment se situe maintenant à la vingtième semaine après la conception ou même plus tôt. La technique des ultrasons et la fœtoscopie permettent de discerner un visage humain encore plus tôt pendant la grossesse. Les techniques de fécondation in vitro nous donnent une autre confirmation du caractère essentiellement humain de la vie fœtale; du reste, l'appellation populaire «bébé éprouvette» pour décrire le résultat de ces expériences fascinantes, est révélatrice. Tous ces faits semblent permettre de conclure à la continuité de la vie intra-utérine dès ses débuts.

La continuité de la vie du fœtus dans l'utérus devient encore plus frappante lorsque l'on tient compte des découvertes de la médecine, au sens scientifique et ordinaire du terme. La division cellulaire s'engage quelques heures après la conception, et la formation des cellules sanguines débute au bout de dix-sept jours. Il semble qu'au même moment, une certaine activité neurologique commence. Le cœur se met quant à lui à battre environ vingt-quatre ou vingt-cinq jours après la conception. Après trente-trois jours, le cortex cérébral est reconnaissable. Quarante-cinq jours après la conception, on peut discerner par électro-encéphalogramme l'activité électrique du cerveau du bébé. Au quarante-cinquième jour, le corps de l'enfant est complètement formé : tous les organes internes de l'adulte sont déjà présents[4]. Les bras, les jambes, les doigts, les orteils et la tête sont parfaitement constitués et l'on reconnaît facilement un être humain. Par ultrasons, on peut discerner les battements du cœur et les principales parties du corps. On peut voir l'enfant se déplacer gracieusement dans la cavité amniotique. Après cinquante-six jours ou huit semaines (aucun avortement n'est

---

2. Voir M.C. SHUMIATCHER, «I set Before You Life and Death» (1987), 24:2 *U.W.O.L.J.* 1, p. 7. Le Dr Lejeune a découvert que le syndrome de Down était causé par un chromosome en trop. Ses recherches marquent le début de la génétique humaine, dont il est reconnu comme le fondateur.

3. Le Dr Jerôme Lejeune, devant le U.S. Senate Committee, 97e Congrès, 1re session 1983, vol. 1, p. 8.

4. Bien souvent, la femme ne sait même pas qu'elle est enceinte à ce moment. On trouvera une description plus complète des premiers stades du développement du fœtus dans les Livres I et II du mémoire de l'appelant, dans l'affaire *Borowski* c. *P.G. du Canada*, 1988.

habituellement pratiqué avant ce moment), l'enfant est un être humain parfaitement constitué. Tous ses organes et systèmes organiques sont en place. Il leur faudra simplement parvenir à maturité, et ce processus se poursuivra pendant treize ou quatorze ans. À huit semaines, le développement physiologique du fœtus est à ce point avancé que l'on peut voir les plis de sa main lorsqu'elle est ouverte. Les empreintes digitales sont visibles au microscope. D'ailleurs, ces mêmes empreintes qui permettront par la suite l'identification d'une personne ayant participé à un crime, sont déjà parfaitement formées sur la peau. À partir de ce moment, elles pourront en permanence être utilisées pour l'identification de l'être humain en question. Vers onze ou douze semaines, les nerfs et les muscles sont synchronisés avec les jeunes os, de sorte que les bras et jambes peuvent commencer à se mouvoir. Des études ont permis aux médecins de conclure que dès ce stade, le bébé est extrêmement sensible au toucher, à la chaleur, aux sons, aux malaises et à la douleur.

À mon sens, le fœtus humain ne devient pas une personne, un être humain, un individu à un moment magique — premiers battements du cœur, apparition des empreintes digitales, premiers mouvements, viabilité, naissance; il est depuis le début une personne, un être humain et un individu avec un potentiel bien à lui. La génétique et l'embryologie confirment l'existence du caractère humain dès le stade de l'embryon, caractère qui se développe parallèlement à la croissance biologique et mérite la protection et le respect des autres humains dès le début.

II. L'effet de la décision *Morgentaler*

Jusqu'au 28 janvier 1988, l'avortement était selon le droit canadien illégal à moins que la poursuite de la grossesse soit susceptible de mettre en danger la vie ou la santé de la mère, une certaine procédure devant alors être suivie. Dans l'arrêt *Morgentaler*[5] rendu ce jour-là, la Cour suprême du Canada a conclu à la majorité (cinq juges contre deux), que les dispositions en cause, celles de l'article 251 du *Code criminel*, enfreignaient le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne — droit garanti à chacun, y compris les femmes enceintes, par l'article 7 de la Charte — et le principe suivant lequel il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale. La Cour a refusé de considérer l'article 251 comme une restriction raisonnable du droit en question, dont la justification puisse se démontrer aux termes de l'article premier de la Charte. Voici le texte des articles 1 et 7 de la Charte :

> 1. La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.
>
> 7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

5. [1988] 1 R.C.S. 30.

La Cour n'a pas déclaré inconstitutionnel l'objet des dispositions attaquées, à savoir protéger le fœtus humain et permettre les avortements seulement pour des raisons «thérapeutiques», c'est-à-dire pour protéger la santé et la vie des femmes enceintes. Ce qui a été invalidé, c'est la plus grande partie des mécanismes légaux mis en œuvre pour réaliser cet objectif.

L'arrêt ne précise pas quel type de règle pourrait s'avérer acceptable constitutionnellement sur le fond. Seule la juge Wilson se dit d'avis que les nouvelles règles devraient donner aux femmes l'entière liberté, au cours des premiers stades de la grossesse, de recourir à l'avortement sans ingérence de l'État. Elle donne toutefois à entendre que l'État pourrait légitimement, pour les derniers stades de la grossesse, établir des restrictions en matière d'avortement. Les seules autres considérations touchant de nouvelles règles de fond se trouvent dans les motifs du juge Beetz, qui, avec son collègue, le juge Estey, déclare qu'à tout le moins les nouvelles règles ne pourront être plus restrictives que les anciennes, les femmes ayant le droit constitutionnel à l'avortement si leur vie ou leur santé est mise en danger par la grossesse. Aucune de ces affirmations n'équivaut à reconnaître que la décision de recourir à l'avortement doive à toutes les étapes de la grossesse relever uniquement de la femme enceinte et de son médecin. Les juges de la majorité ont reconnu que la protection du fœtus humain est un objectif fédéral valide ressortissant à la compétence en matière de droit pénal. Cette conclusion devrait manifestement inciter le Parlement à légiférer sur la question. Il lui faudra bien entendu tenir compte des droits conférés aux femmes enceintes par l'article 7 de la Charte. Par contre, on ne peut dire avec certitude quelles dispositions de la Charte, le cas échéant, protègent les droits du fœtus humain.

Le principal argument, au sujet de l'avortement, a trait à l'article 7 de la Charte. Seule, parmi ses collègues, la juge Wilson a insisté sur le supposé droit des femmes de choisir, sans ingérence de l'État, d'interrompre leur grossesse. Les autres juges de la majorité, estimant que les dispositions sur l'avortement violaient cet article, ont fondé leur argumentation sur le droit à la sécurité de la personne. Or ce droit est bien sûr de portée limitée; ce n'est pas un droit absolu. On peut le supprimer, à condition que les principes de justice fondamentale soient respectés. Et même si elle n'était pas faite en conformité avec ces principes, une restriction raisonnable pourrait être considérée comme justifiée en vertu de l'article premier de la Charte.

La violation du droit à la sécurité de la personne par un texte de loi n'a donc, en vérité, rien d'exceptionnel, en ce sens que toute disposition pénale porte atteinte à ce droit; la véritable question est celle de savoir si les règles qui y portent atteinte ont un caractère fondamentalement équitable. Voyons la phrase fréquemment citée, mais en général hors contexte, du juge en chef Dickson :

> Forcer une femme, sous la menace d'une sanction criminelle, à mener un fœtus à terme à moins qu'elle ne satisfasse à des critères sans rapport avec ses propres priorités et aspirations est une ingérence grave à l'égard de son corps et donc une violation de la sécurité de sa personne[6].

6. *Id.*, p. 57.

Cette phrase établit simplement l'atteinte au droit à la sécurité de la personne. Elle ne signifie pas que le juge en chef a conclu au caractère fondamentalement injuste des dispositions en cause, ni que l'avortement devrait être obtenu sur demande. En effet, on pourrait tout aussi bien dire que détenir une personne en prison par suite d'une déclaration de culpabilité pour meurtre est une profonde atteinte à la sécurité de sa personne. Faut-il pour autant renoncer à punir les meurtriers? Il s'agit tout simplement de veiller à ce que, tant sur le plan du fond que de la procédure, la décision d'infliger cette peine soit conforme à la justice fondamentale.

L'application de la Charte à un texte de loi se fait toujours en deux étapes : il faut d'abord se demander si un droit a été violé, pour ensuite chercher à déterminer si la restriction qui lui a été imposée est juste et raisonnable. Dans bien des cas, il est facile de conclure à la violation d'un droit; c'est en fait l'analyse de la restriction qui est importante. Car seules les restrictions injustes et déraisonnables peuvent être déclarées inconstitutionnelles en application de la Charte. Les anciennes dispositions sur l'avortement comportaient une série de critères dont l'application permettait aux femmes et aux médecins d'échapper à la responsabilité pénale pour l'accomplissement de ce qui était défini comme un avortement «thérapeutique». Or, ce sont les règles complexes et restrictives touchant la mise en œuvre de ces critères qui ont été considérées comme portant atteinte à la sécurité de la personne. Ces mécanismes ont été jugés injustes au point de violer les principes de la justice fondamentale. Et cette violation ne pouvait être tenue pour raisonnable sous le régime de l'article premier de la Charte.

Que peut faire le Parlement?

D'aucuns affirment que l'arrêt *Morgentaler* empêche le Parlement d'adopter des dispositions législatives qui interdiraient l'avortement, quel qu'en soit le motif, au cours des premiers stades de la grossesse. En d'autres termes, le Parlement pourrait uniquement adopter une approche fondée sur les étapes de la gestation (c'est-à-dire n'établir aucune interdiction en matière d'avortement pour le premier tiers ou la première moitié de la grossesse). Ce n'est pourtant pas la signification de cet arrêt. Si le Parlement emprunte la voie fondée sur les stades de la gestation, ce sera parce que telle est sa volonté, et non parce que l'arrêt *Morgentaler* l'y oblige.

Au regard de la Charte, on peut chercher un juste dosage entre le droit à la vie et à la santé pour la femme enceinte, et la survie de l'enfant qu'elle porte, pourvu que les moyens utilisés pour réaliser cet équilibre soient équitables et dénués de tout arbitraire. La création de délais abusifs ayant pour effet d'augmenter les risques pour la santé est clairement inconstitutionnelle; par contre, il est sans doute légitime d'assurer une protection maximale à l'enfant non encore né, pourvu qu'il soit tenu compte de la sécurité de la mère. Voici mes conclusions :

(1) L'arrêt *Morgentaler* n'a pas tranché la question de savoir si une approche reposant sur les stades de la gestation ou du développement du fœtus, pour la réglementation de l'avortement, est bien fondée ou valide sur le plan constitutionnel.

(2) Il n'empêche pas le Parlement d'adopter des dispositions pénales autorisant l'avortement seulement lorsque la poursuite de la grossesse est de nature à mettre gravement en danger la vie ou la santé de la femme.

(3) Il n'empêche pas l'adoption de dispositions pénales exigeant, en matière d'avortement, que le risque pour la vie ou la santé soit confirmé par une opinion médicale éclairée, fiable et indépendante.

L'approche fondée sur les stades de la gestation

Une approche fondée sur les stades de la gestation, où l'avortement pourrait être obtenu sans aucune restriction à certaines étapes de la grossesse (par exemple, pendant le premier trimestre) serait-elle incompatible avec les dispositions de la Charte? La réponse à cette question est incertaine. Plusieurs des juges, dans l'arrêt *Morgentaler*, évoquent la recherche d'un juste équilibre entre les droits divergents de la mère et du fœtus. Or, à mon avis, il est impossible d'atteindre cet objectif lorsque les droits de la mère anéantissent ceux de l'enfant non encore né. Il ne peut y avoir une véritable recherche du juste milieu que si les droits de l'enfant non encore né sont pris en compte pendant toute la durée de la grossesse, et non pas simplement à partir d'un point de celle-ci arbitrairement fixé.

L'incertitude sur la protection offerte à l'enfant non encore né par la Charte est encore accrue par le fait que la Cour suprême a déclaré expressément ne pas avoir examiné «la question entièrement distincte de savoir si le terme 'chacun', à l'art. 7, vise aussi le fœtus, lui conférant un droit indépendant à la vie en vertu de l'article» (la juge Wilson, p. 184, les juges Beetz et Estey, p. 128). Cette question sera sans doute tranchée ultérieurement dans l'affaire Borowski.

Le Parlement peut-il établir un critère fondé sur la protection de la vie et de la santé de la mère?

L'arrêt *Morgentaler* n'empêche pas le Parlement d'adopter des dispositions pénales qui interdiraient l'avortement à tout stade de la grossesse, à moins que la poursuite de celle-ci soit de nature à mettre en danger la vie ou la santé de la mère. Dans l'affaire *Morgentaler*, la majorité des juges (les juges Beetz, Estey, McIntyre et La Forest) déclarent sans aucune équivoque que le choix d'un critère fondé sur la protection de la vie et de la santé n'est pas incompatible avec le droit à la sécurité de la personne garanti par la Charte. Selon deux autre juges (le juge en chef Dickson et le juge Lamer), il n'était pas nécessaire de trancher cette question; ils s'en sont donc délibérément abstenus. Ils ont cependant déclaré que si l'adoption d'un critère fondé sur la «santé» est valide sur le plan constitutionnel, il est néanmoins nécessaire de définir ce terme. Seule la juge Wilson déclare qu'il serait contraire à la Charte que le Parlement interdise l'avortement d'une manière absolue au cours des premiers stades de la grossesse.

D'autres dispositions de la Charte empêchent-elles le Parlement d'établir un critère fondé sur la protection de la vie et de la santé? À cette question, on ne trouve pas de

réponse dans l'arrêt *Morgentaler*. La juge Wilson, aux motifs de laquelle n'ont pas souscrit les six autres juges, est la seule à s'être fondée sur le droit à la «liberté». Si l'on définit la liberté comme le droit de prendre ses propres décisions sur des questions importantes pour soi, alors pratiquement toutes les dispositions législatives portent atteinte à ce droit. Qui nierait que forcer une femme à donner naissance à un enfant contre sa propre volonté est une atteinte profonde à sa liberté personnelle? Mais puisque la vie d'un être non encore né est également en jeu, la véritable question est celle-ci : une telle atteinte au droit à la liberté, sous la forme de l'interdiction de certains avortements, est-elle néanmoins fondamentalement équitable ou non? Selon la juge Wilson, elle ne l'est pas, car les principes de justice fondamentale comportent d'autres droits énoncés dans la Charte, comme le droit à la liberté de conscience (article 2). Cependant, la liberté de conscience est un concept tout aussi élastique que le droit à la liberté. Théoriquement, elle pourrait aussi entraîner l'annulation de toutes les lois pour cause d'inconstitutionnalité, parce qu'il se trouve inévitablement des personnes en désaccord avec le contenu de chacune. Dans cette optique, et au lieu de formuler les critères suivant lesquels les principes de justice fondamentale peuvent permettre la restriction d'un droit, la juge Wilson a tout simplement retenu à titre de restriction la violation d'un autre droit, dont la portée théorique est aussi vaste que celle du droit à la liberté.

Selon le juge Beetz, le critère fondé sur la protection de la vie et de la santé est compatible avec le droit à la sécurité de la personne, énoncé dans la Charte. Il n'était cependant pas certain de l'attitude qu'il adopterait lorsque la majorité de la Cour prendrait en considération le droit à la liberté de recourir à l'avortement et la question de fond consistant à savoir si des dispositions législatives restreignant ce droit seraient fondamentalement justes. Il a toutefois souligné qu'il existait une profonde différence d'opinion quant à l'intérêt de l'État dans la protection du fœtus par rapport au droit à la liberté de la femme enceinte.

Pour sa part, la juge Wilson a déclaré qu'elle s'en remettrait au jugement éclairé du Parlement, en précisant que l'intérêt de l'État dans le fœtus l'emporterait à un moment quelconque pendant le deuxième trimestre. Le juge Beetz a établi un rapprochement entre ce point de vue et celui de la juge O'Connor de la Cour suprême des États-Unis, dissidente, dans l'arrêt *City of Akron* c. *Akron Center for Reproductive Health Inc.*[7] :

> [TRADUCTION] Dans l'arrêt *Roe* [*Roe* v. *Wade* 410 U.S. 113 (1973)], la Cour a jugé que si l'État avait un intérêt important et légitime à protéger la vie potentielle, cet intérêt ne pouvait devenir supérieur qu'au moment où le fœtus devenait viable. La difficulté que pose ce genre d'analyse est claire : la vie *potentielle* n'est pas moins potentielle au cours des premières semaines de grossesse qu'elle ne l'est au point de viabilité ou ultérieurement. À tout stade de la grossesse, il y a une vie humaine en puissance. Bien qu'elle ait refusé de «résoudre la difficile question du moment où la vie commence», *id.*, à la p. 159, la Cour a choisi le point de viabilité, c'est-à-dire lorsque le fœtus est *capable* de vivre indépendamment de sa mère, pour interdire complètement l'avortement. Le choix de la viabilité comme point où l'intérêt de l'État dans la vie *potentielle* devient supérieur n'est pas moins arbitraire que le choix de tout autre point avant la viabilité ou de tout autre point

7. 462 U.S. 416, pp. 460-461 (1983).

ultérieur. Par conséquent, je crois que l'intérêt qu'a l'État à protéger la vie humaine potentielle existe tout au long de la grossesse[8].

L'exigence d'une deuxième opinion médicale

Le législateur peut-il exiger une opinion médicale éclairée, fiable et indépendante (en plus de l'opinion du médecin traitant) pour s'assurer que la vie ou la santé de la femme est en danger? La majorité des juges de la Cour suprême ont également répondu par l'affirmative dans l'arrêt *Morgentaler*; les autres juges n'ont pas répondu à la question. Les juges McIntyre et La Forest, dissidents, ont exprimé l'avis que l'obligation d'obtenir deux ou plusieurs opinions médicales indépendantes n'est pas contraire à la Charte. Quant aux juges Beetz et Estey, ils ont déclaré :

(1) Le législateur est justifié d'exiger une opinion médicale éclairée, fiable et indépendante, afin de préserver l'intérêt qu'a l'État dans la protection du fœtus (p. 110).

(2) Je ne crois pas qu'il soit déraisonnable de demander une confirmation médicale indépendante au sujet de la menace pour la vie ou la santé de la femme lorsqu'un intérêt aussi important et marqué pèse dans la balance (p. 112).

(3) Un certain délai est inévitable [...] C'est uniquement dans la mesure où la structure administrative crée des délais qui ne sont pas nécessaires qu'on peut considérer qu'elle viole les principes de justice fondamentale (p. 114).

En conclusion, l'arrêt *Morgentaler* n'exige ni ne recommande que le législateur adopte l'approche fondée sur les stades de la gestation. Il ne l'empêche pas non plus d'adopter un critère fondé sur la protection de la vie et de la santé. Il y a enfin lieu de croire que sur le plan juridique, un critère fondé sur la protection de la vie et de la santé (avec la confirmation d'une deuxième opinion médicale indépendante) ne violerait pas les autres dispositions de la Charte.

8. *R.* c. *Morgentaler*, précité, note 5, p. 113.

La réglementation et l'interdiction de l'avortement ne sont pas des phénomènes nouveaux, particuliers au vingtième siècle. Mes collègues ont présenté un bref historique de la réglementation de l'avortement; cela contribue à éclairer la controverse actuelle, à la situer dans un contexte plus large. De temps immémorial, l'État a toujours eu un intérêt dans l'enfant à naître, même sans savoir à quel moment la vie commence. Et si l'avortement a été accepté dans une large mesure, on relève de profondes divergences d'opinion parmi les intellectuels au sujet de sa légitimité. Par exemple, le serment d'Hippocrate obligeait les médecins à jurer notamment [TRADUCTION] «de ne pas donner à une femme un pessaire abortif[9]». Hippocrate symbolisait le nouveau respect de la vie qui, allié à la philosophie et à la religion, allait amener l'instauration d'une certaine protection pour l'enfant non encore né[10]. Depuis la Grèce antique, ce principe n'a rien perdu de son actualité. Par exemple, la Supreme Judicial Court du Massachusetts[11] a jugé récemment que le fœtus humain devait être considéré comme une personne pour l'application de la loi sur l'homicide causé par un véhicule automobile et, partant, était une victime d'homicide potentielle. Un certain nombre d'autres États américains ont adopté des textes de loi prévoyant, pour la destruction d'un fœtus humain, des sanctions pénales identiques à celles qui s'appliquent au meurtre d'une personne. En Californie, la loi prévoit que le [TRADUCTION] «meurtre consiste dans le fait de tuer illégalement un être humain ou un fœtus avec préméditation[12]».

De toute évidence, la morale occidentale traditionnelle a toujours accordé une grande importance à la valeur intrinsèque de toute vie humaine, indépendamment du stade de son développement ou de sa condition. Ce principe, consacré par la tradition judéo-chrétienne, a formé l'assise de la plupart de nos règles de droit et, pour une bonne part, de notre politique sociale. Notre *Code criminel* a du reste toujours témoigné du souci premier de protéger la vie humaine. De surcroît, les années récentes ont vu se dessiner une nette tendance à l'intensification du respect envers le fœtus humain. La common law a progressivement élargi la protection de l'enfant non encore né, reconnaissant sa nature et sa personnalité. Il est donc essentiel et instructif tout à la fois d'examiner, quoique d'une manière non exhaustive, les récents changements dans d'autres domaines du droit en ce qui touche l'enfant non encore né, pour en voir les incidences sur l'opportunité de protéger celui-ci.

---

9. Voir D. GRANFIELD, *The Abortion Decision*, New York, Doubleday, 1969, p. 50.

10. *Id.*, pp. 50-51.

11. *Commonwealth of Massachusetts* c. *Cass*, 467 N.E. 2d 1324, p. 1328 (1984).

12. Extrait du code pénal de la Californie, article 187. On trouvera des commentaires sur cette disposition de même que d'autres dispositions du droit pénal des États au sujet de l'enfant non encore né dans D.E. JOHNSEN, «The Creation of Fetal Rights: Conflicts with Women's Constitutional Rights to Liberty, Privacy, and Equal Protection» (1986), 95 *Yale L.J.* 599, p. 602.

1. La protection juridique des droits de propriété de l'enfant non encore né

Depuis des siècles, le droit des biens anglais reconnaît l'intérêt de l'enfant non encore né à partir de sa conception, pour tout ce qui concerne les droits de propriété qui seront dévolus à cet enfant au moment de sa naissance. Dès 1795, un tribunal anglais déclarait que la signification ordinaire du terme «enfant» dans un testament embrassait l'enfant non encore né : [TRADUCTION] «un enfant en ventre sa mere qui, suivant le cours et l'ordre de la nature est alors vivant, répond sans aucun doute à la description des «enfants en vie au moment de son décès [le testateur][13]». Par la suite, un autre tribunal déclarait : [TRADUCTION] «Pourquoi les enfants *en ventre sa mere* ne devraient-il pas d'une manière générale être considérés comme existants? Ils ont droit à tous les privilèges des autres personnes[14]».

Il est maintenant bien établi, en droit canadien, qu'un enfant est successible dès le moment de sa conception, à la condition qu'il naisse vivant. Appliquant ce raisonnement, on a suivi dans les textes législatifs la voie tracée par la common law. Par exemple, des lois manitobaines comme la *Loi sur les fiduciaires*[15] et la *Loi sur l'obligation d'entretien envers la famille du testateur*[16] reconnaissent l'intérêt de l'enfant non encore né.

2. La responsabilité civile délictuelle et les blessures infligées par négligence

En matière de responsabilité civile délictuelle, des changements radicaux se sont produits en ce qui a trait au statut de l'enfant non encore né. En common law, on estimait initialement que celui-ci faisait partie de sa mère et n'avait pas d'existence propre. L'enfant non encore né qui avait subi un préjudice corporel du fait de blessures causées à la mère par négligence n'était pas recevable à réclamer des dommages-intérêts à titre personnel, puisque la mère était la seule «personne» à avoir été blessée. Toutefois, lorsque la science médicale a découvert que l'enfant conçu mais non encore né était un être distinct sur le plan biologique, on a commencé à reconnaître qu'il pouvait aussi être considéré comme un être distinct sur le plan juridique[17].

Par ailleurs, il fallait protéger non seulement les droits de propriété de l'enfant non encore né, mais aussi son intégrité physique. La Cour suprême du Canada, dans l'arrêt *Montreal Tramways Co.* c. *Léveillé*[18] a été la première juridiction de common law au monde à reconnaître l'existence d'un droit de poursuite pour des blessures subies avant la naissance par un enfant né vivant par la suite.

---

13. *Doe* c. *Clarke* (1795), 2 H.BL. 399, 126 E.R. 617, p. 618.

14. *Thellusson* c. *Woodford* (1798), 4 Ves. Jun. 227, 31 E.R. 117, p. 164.

15. L.R.M. 1987, ch. T160, par. 87(6).

16. L.R.M. 1988, ch. T50 (C.P.L.M.).

17. Voir E.W. KEYSERLINGK, «The Unborn Child's Right to Prenatal Care» (partie 1) (1982), 3:1 *Health Law in Canada* 10, p. 13.

18. [1933] R.C.S. 456.

Pendant un certain temps, on s'est demandé aux États-Unis si ce droit aux dommages-intérêts était limité aux enfants qui naissent vivants et qui *étaient viables au moment où ils ont subi des lésions*. Cette restriction a depuis lors été rejetée par de nombreux tribunaux, qui l'on jugée inéquitable et arbitraire. Et il est particulièrement important de noter que pour en arriver à cette conclusion, les tribunaux ont directement tenu compte des données médicales et biologiques relatives à l'enfant non encore né. Citons à titre d'exemple une décision de 1959, *Phul* c. *Milwaukee Auto Ins. Co.*[19]; le tribunal y a souligné qu'il serait arbitraire d'établir une distinction axée sur la viabilité, que ce serait en outre ne tenir aucun compte des données biologiques indiquant d'une part que le fœtus est un être humain avant la viabilité et d'autre part que l'enfant non encore né ne saurait être considéré comme une partie de sa mère, ni avant, ni après la viabilité. Autrement dit, sur les plans biologique et médical, l'enfant non encore né a selon les tribunaux une existence propre, et on ne saurait se réclamer de la médecine pour justifier une distinction fondée sur la viabilité.

Cette branche du droit de la responsabilité civile délictuelle reconnaît explicitement le statut de personne à l'enfant non encore né et par le fait même reconnaît que le droit doit s'adapter au progrès des connaissances médicales, de telle façon que la justice n'en vienne pas à être tributaire de données arbitraires et dépassées.

3. Le décès causé par un acte fautif

Par ailleurs, certains tribunaux ont reconnu le droit d'instituer une action lorsqu'un enfant meurt par suite de blessures subies dans l'utérus, que le décès survienne avant l'accouchement ou après la naissance de l'enfant en vie et viable. Le fondement juridique de cette action pour décès causé par un acte fautif se trouve exclusivement dans le droit écrit; la plupart des textes régissant cette question exigent que la faute à l'origine du décès soit de telle nature que la *personne* décédée aurait pu intenter une action contre l'auteur du délit si elle avait survécu. La question centrale que les tribunaux ont dû trancher consistait alors à savoir si l'enfant non encore né est une «personne» au sens des textes de loi en cause. On trouve des exemples clairs du respect grandissant des droits de l'enfant non encore né dans les décisions qui reconnaissent aux parents ou aux survivants le droit d'instituer une action pour décès causé par un acte fautif lorsque l'enfant est mort-né (soit lorsque l'enfant meurt dans l'utérus après avoir subi des blessures). Dans de tels cas, on a jugé que l'enfant qui n'est jamais né vivant est bel et bien une «personne» dont le décès peut donner lieu à une action en dommages[20].

Il existe des raisons impérieuses pour permettre l'engagement de telles actions : il serait en effet étrange qu'une juridiction octroie une indemnité pour des blessures prénatales lorsque l'enfant naît vivant, mais la refuse pour l'enfant dont les blessures prénatales sont d'une gravité telle qu'il est mort-né. [TRADUCTION] «Si le décès de

19. 99 N.W. 2d 163 (1959).

20. La règle de la «viabilité au moment des blessures» semblerait applicable sous certains régimes, à l'égard des actions pour le décès causé par un acte fautif.

l'enfant non encore né causé par un acte fautif ne donnait pas droit à des dommages-intérêts, il en coûterait beaucoup moins cher au défendeur d'infliger des blessures suffisantes pour causer le décès de l'enfant que de lui causer un préjudice corporel non mortel[21]».

En reconnaissant que les blessures infligées avant la naissance peuvent donner lieu à une action, on a reconnu les intérêts juridiques et le statut de personne de l'enfant non encore né. La majorité des États américains considèrent maintenant les enfants morts dans l'utérus comme des «personnes» pour l'application des dispositions législatives consacrées au décès causé par un acte fautif. Et lorsque, l'enfant étant mort dans l'utérus, les tribunaux accordent des dommages-intérêts aux survivants, ils reconnaissent d'une manière implicite mais incontournable la personnalité juridique de ces enfants : ils ont abandonné la règle traditionnelle qui subordonnait la personnalité juridique à la naissance de l'enfant en vie et viable[22].

On prétend parfois que la reconnaissance de certains droits en matière de propriété et de responsabilité civile délictuelle est conditionnée par la naissance d'un enfant vivant et que, par conséquent, la jurisprudence ne permet d'aucune façon de conclure à l'existence juridique antérieure de l'enfant. Or, cela n'est manifestement pas exact puisque les tribunaux ont fait droit à des actions pour décès causé par un acte fautif dans des cas où l'enfant était mort-né. De toute façon, le bien-fondé de cet argument est très contestable. Si «rien» n'existait pendant la période antérieure à la naissance, au cours de laquelle les blessures ont été causées ou les droits de propriété sont apparus, comment se pourrait-il que des droits commencent à exister subitement après la naissance? L'existence juridique de l'enfant au moment où les droits ont pris naissance n'est pas exclue par le fait que, dans tel ou tel régime, certains de ces droits ne donnent lieu à des réparations que si l'enfant est né vivant. Aucun droit ne pourrait être exercé à la naissance si la personne en cause n'avait pas une existence juridique au moment des blessures ou au moment où s'est créé le droit de propriété[23].

4 Les lois et mécanismes destinés à la protection des enfants

Les décisions et mécanismes centrés sur la protection des enfants non encore nés constituent d'autres éléments importants de la reconnaissance des droits de ceux-ci. Pensons par exemple aux tentatives visant à garantir l'accomplissement des actes nécessaires, au chapitre des soins de santé et des nécessités de la vie, durant la gestation. Ces décisions et mécanismes législatifs témoignent nettement d'une continuité essentielle entre le nouveau-né et l'enfant non encore né. L'établissement de mécanismes législatifs destinés à protéger et à promouvoir la santé des enfants — qu'ils soient déjà nés ou non — est nécessaire et justifié.

---

21. Voir K.M. WEILER et K. CATTON, «The Unborn Child in Canadian Law» (1976), 14 *Osgoode Hall L.J.* 643, p. 656.

22. Voir E.W. KEYSERLINGK, *The Unborn Child's Right to Prenatal Care — A Comparative Law Perspective*, Montréal, Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec, 1984, p. 43.

23. Voir HORAN, D.J. *et al.*, «The Legal Case for the Unborn Child», dans T.W. HILGERS et D.J. HORAN (dir.), *Abortion and Social Justice*, New York, Sheed and Ward, 1972, 105.

Une décision récente de la Cour provinciale de l'Ontario[24] met en lumière la tendance dont nous parlons. En 1987, la *Belleville Children's Aid Society* a demandé une ordonnance de protection en vertu de la *Loi sur les services à l'enfance et à la famille* de l'Ontario, à l'égard d'un enfant non encore né que sa mère portait depuis trente-huit semaines et qui risquait de contracter une pneumonie fatale. La mère refusait de se faire traiter, malgré des demandes répétées; elle paraissait avoir l'intention de donner naissance à son enfant dans le stationnement souterrain où elle s'était installée. Le juge D.K. Kirkland a décidé qu'il y a lieu de protéger les enfants non encore nés, et déclaré l'enfant en question pupille de l'État. Et en 1987, un juge de la Cour provinciale de la Colombie-Britannique a déclaré que lorsque la conduite de la mère, avant l'accouchement, met en péril la vie de l'enfant, celui-ci doit être protégé avant sa naissance[25]. On a également jugé qu'un enfant non encore né peut être victime de mauvais traitements causés par le comportement de sa mère et mérite donc protection[26]. Le *Children's Act*[27] du Yukon prévoit des mécanismes de surveillance ou de consultation lorsqu'on est fondé à soupçonner qu'un enfant non encore né court des risques parce que la mère fait usage de substances toxicomanogènes. La Cour suprême du New Jersey[28] s'est vu demander de statuer sur la question de savoir si une femme enceinte, Témoin de Jéhovah, pouvait être contrainte à se soumettre à des transfusions de sang, interdites par ses croyances religieuses. À l'unanimité, la Cour a jugé que l'enfant non encore né avait droit à la protection de la loi et a ordonné les transfusions. Même si les médecins estimaient que celles-ci étaient nécessaires pour sauver la vie de la femme et de l'enfant, la Cour a précisé que les transfusions devaient être effectuées pour sauver la vie de l'enfant non encore né. Le droit de celui-ci à la vie ne pouvait être subordonné aux droits constitutionnels de la mère en matière de convictions religieuses ou d'intégrité corporelle — le droit de l'enfant à la vie devait l'emporter.

Au Nouveau-Brunswick, on a accompli une réforme fondamentale de la législation relative au bien-être des enfants. La *Loi sur les services à la famille*[29] prévoit expressément que le terme enfant vise aussi les enfants non encore nés. Aussi peut-on déclarer au Nouveau-Brunswick, suivant des normes objectives, qu'un enfant non encore né a besoin de protection et de soins.

Le respect sans cesse croissant de l'enfant non encore né et la reconnaissance de plus en plus nette de sa personnalité juridique forcent à conclure que la société discerne dans l'enfant non encore né une personne humaine en puissance. Or, en permettant le libre accès à l'avortement, on arrache au fœtus humain cette personnalité juridique et

24. *Re Children's Aid Society of City of Belleville, Hastings County and T et al.* (1987), 59 O.R. (2d) 204.

25. *Re R* (1987), 9 R.F.L. (3d) 415. Toutefois, on a jugé en appel qu'une Administration provinciale n'a pas le droit de se déclarer tuteur d'un enfant qui n'est pas encore né.

26. Voir *Re Children's Aid Society for the District of Kenora* et *J.L.* (1981), 134 D.L.R. (3d) 249 (C. Prov. Ont.) (au sujet d'un enfant né avec un syndrome alcoolique); *Superintendent of Family and Child Service* c. *M.(B) and O.(D)*, [1982] 4 W.W.R. 272 (C.S. C.-B.) (un enfant né avec une grave toxicomanie acquise de la mère).

27. R.S.Y. 1986, ch. 22, art. 133.

28. *Raleigh Fitkin — Paul Morgan Memorial Hospital* c. *Anderson*, 42 N.J. 421, 201 A.2d 537 (1964).

29. L.N.-B. 1980, ch. C-2.1 (L.N.-B., ch. F2.2).

on le prive des avantages naturels acquis par la voie législative et jurisprudentielle. À mon avis, c'est là ne tenir aucun compte des droits déjà reconnus à l'enfant non encore né.

IV. Conclusion

Pourquoi l'avortement devrait être tenu pour un crime

Comme mes collègues, j'estime que l'avortement répond aux quatre critères énoncés par la Commission pour le recours au droit pénal, mais je ne partage aucune de leurs réserves. Pour peu que l'on se donne la peine d'y réfléchir, il est évident que les quatre critères sont aisément remplis. L'avortement cause sans aucun doute *un préjudice grave à autrui*, soit un enfant non encore né au premier stade de son développement, lorsqu'il est le plus vulnérable. L'acte touche une autre vie que celle de la mère. La décision de celle-ci ne concerne pas seulement sa propre personne; elle cause une préjudice à une vie humaine distincte, créée par la mère et le père. Il va de soi que la vie humaine de tout individu revêt une valeur fondamentale sur le plan juridique; l'on peut donc affirmer sans hésitation que l'avortement *viole nos valeurs fondamentales à tel point qu'il cause un tort à la société*. Par ailleurs, dans la mesure où la nouvelle législation n'interdit pas d'une manière absolue les actions dirigées contre le fœtus, *les mécanismes d'application ne pourront violer sérieusement nos valeurs fondamentales*. Enfin, le *droit pénal est d'un apport substantiel pour régler la question de l'avortement*. Les prohibitions pénales, en matière d'avortement, sont souhaitables pour des raisons pratiques et symboliques. Sur le plan pratique, elles peuvent réduire le nombre d'avortements, sans toutefois les éliminer tout à fait; or, comme la vie du fœtus mérite la protection juridique, toute réduction du nombre d'avortements est socialement bénéfique. D'autre part, la fonction symbolique du droit pénal n'est pas moins importante : il exprime la politique la plus fondamentale de notre nation. C'est par cet instrument que la société détermine ce qui est tolérable et ce qui ne l'est pas. Le droit pénal définit les êtres dont les intérêts sont dignes de respect et de protection, et à mon sens tous les membres de la famille humaine devraient être visés. En dernière analyse, le droit pénal est le reflet de ce que nous sommes; il traduit notre volonté — ou notre absence de volonté — de promouvoir la dignité humaine et l'égalité[30].

La répression des actes illicites n'est pas la mission unique ni même principale du droit. Il constitue l'expression, au sens le plus large du terme, du type de société à laquelle nous appartenons. Il ne se limite pas à réglementer nos actions, il formule et symbolise nos valeurs et nos croyances. Certes, le droit pénal s'avère parfois inefficace, difficile d'application, coûteux, arbitraire; mais il s'agit là d'un échec du droit pénal en général, qui n'est pas particulier au contexte de l'avortement. Par exemple, les problèmes d'application devraient-ils nous amener à abroger les règles contre le vol, sous prétexte que 95 % des biens volés par le moyen d'une introduction par effraction

30. Voir I. HUNTER, «The Controversy Over Abortions» (1985), *The Idler*, n° 6, 15, p. 22.

ne sont jamais remis à leur propriétaire? La difficulté d'application ne constitue pas en soi une raison suffisante pour renoncer aux dispositions pénales. Notre droit pénal fixe les conséquences de l'accomplissement d'actes interdits; il ne peut empêcher totalement ceux-ci[31]. Si le Canada veut démontrer qu'il respecte toujours la vie humaine, il doit à nouveau considérer l'avortement comme un crime et ajouter à cet effet des dispositions au *Code criminel*.

S'agit-il d'imposer sa propre morale aux autres?

Certains m'accuseront de vouloir imposer mes convictions morales à d'autres personnes — ce qui serait en quelque sorte une infamie dans notre société pluraliste. La morale a une incidence sur le droit, bien que les deux ne se confondent pas. Et s'il est vrai que l'on ne peut imposer sa morale à autrui, ni refuser tout compromis dans notre société moderne et pluraliste, la plupart de nos règles de droit pénal, par exemple les règles sur la violence et le vol, sont fondées sur les notions morales du «bien» et du «mal». Ces règles devraient s'appliquer indépendamment des opinions personnelles des citoyens ou de leurs origines socio-culturelles. Du reste, la Commission, en incorporant la «règle du bon Samaritain» dans son projet de code pénal de 1987 (rapport n° 31), a en fait recommandé que l'on érige en obligation légale une obligation morale, parce que «[d]ans de tels cas du moins, nous estimons que les êtres humains sont responsables les uns des autres[32]». Dans le même ordre d'idées, il m'apparaît raisonnable que l'État impose l'obligation morale de protéger la vie, la liberté et la sécurité, tant de la mère que de l'enfant qu'elle porte.

Le rôle du Parlement

L'État ne parviendra pas à résoudre le dilemme de l'avortement en se limitant à chercher un équilibre législatif entre les «droits» de l'enfant non encore né et les «droits» des femmes enceintes. En tentant de résoudre ce conflit de «droits», on ne règle rien; on tombe dans le piège que pose l'acceptation aveugle des présupposés d'ordre culturel et juridique de notre société libérale. Car alors, la question est tranchée non pas à la lumière des sanctions juridiques et religieuses frappant le meurtre, ni de la reconnaissance législative des droits de l'enfant à naître, mais tout simplement en posant que la «liberté de choix» correspond davantage aux idéaux de notre culture individualiste. Pourtant, ces idéaux excluent tout compromis social équitable, hormis la protection du droit pour l'individu de poursuivre ses propres intérêts sans ingérence abusive d'autrui.

Le problème de l'avortement hante notre société depuis la fin de la Seconde guerre mondiale. Pour le résoudre, il nous faudra modifier nos attitudes à l'égard de la grossesse, de la famille et de l'avortement. En d'autres termes, une transformation sociale, politique et culturelle paraît indispensable.

---

31. *Id.*, p. 21.

32. COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *L'omission, la négligence et la mise en danger*, Document de travail n° 46, Ottawa, CRD, 1985, p. 18; et *Pour une nouvelle codification au droit pénal — édition révisée et augmentée*, Rapport n° 31, Ottawa, CRD, 1987, recommandation 10(2).

L'appui de la société à la famille semble connaître une érosion. Par exemple, l'État a réduit la portée des programmes de soutien du revenu[33]. La société ne manifeste pas beaucoup de sympathie pour les parents. La natalité a subi une diminution radicale et les avortements se sont multipliés à une allure vertigineuse[34] depuis les nouvelles dispositions législatives de 1969. Les rapports entre la femme enceinte et l'enfant qu'elle porte ont été déshumanisés : on a recours à tous les artifices de la sémantique pour rationaliser l'avortement en refusant d'y voir la suppression d'une vie humaine. On parle de «la femme enceinte et son fœtus» plutôt que de «la mère et l'enfant qu'elle porte», du crime consistant à «détruire un fœtus» plutôt qu'à «causer la mort d'un enfant non encore né». À mon avis, le législateur peut influer sur cet état de choses, mais il s'agit en réalité d'une tâche sociale et culturelle dans laquelle la collectivité elle-même a un rôle décisif à jouer.

Dans d'autres domaines, on a réussi récemment à modifier certaines attitudes (sur des questions prêtant moins à controverse) : pensons aux succès obtenus en ce qui a trait à l'exercice physique (programme Participaction), à la lutte contre le tabagisme et la conduite en état d'ébriété. Dans la plupart de ces cas, c'est en ayant recours à la fois à des mesures législatives et à des programmes de sensibilisation du public que l'on est parvenu à susciter des changements dans les attitudes et habitudes. Ainsi, il n'est désormais plus acceptable, sur le plan social, de conduire après avoir consommé des boissons alcooliques; les programmes de santé sont en plein essor, ils contribuent à améliorer la santé des Canadiens; l'usage du tabac a radicalement diminué.

En libéralisant l'accès à l'avortement, on donne à entendre qu'il s'agit de la panacée qui réglera les diverses difficultés liées à la grossesse. Toutefois, on ne supprimera pas ainsi les pressions sociales, économiques et psychologiques qui sont à l'origine de la décision de demander un avortement dans la très grande majorité des cas. À titre d'exemple, citons l'insuffisance de l'appui financier et social au cours de la grossesse, diverses formes de discrimination et de pressions sociales contre les mères célibataires, le manque de logements pour les mères ayant des enfants à leur charge, la rareté des emplois à temps partiel, le manque d'organismes communautaires chargés d'aider les femmes enceintes et les mères aux prises avec des problèmes d'ordre psychologique, économique et social, les difficultés que les grossesses «imprévues» causent aux femmes qui exercent une profession libérale.

Des pressions énormes s'exercent donc sur la femme qui se trouve subitement obligée de faire face aux charges et aux responsabilités d'une grossesse. Il n'est pas

---

33. Voir l'INSTITUT VANIER DE LA FAMILLE, mémoire présenté le 25 février 1986 au Comité permanent des affaires sociales, des sciences et de la technologie, relativement au projet de loi C-70, et à la *Loi modifiant la Loi de 1973 sur les allocations familiales*.

34. Selon le bulletin de l'automne 1970 du Bureau fédéral de la statistique, il y a eu 4 395 avortements entre le 26 août 1969 et le 25 août 1970. Pour l'ensemble de l'année 1970, le Bureau de la statistique a relevé 11 200 avortements. Statistique Canada note qu'il y a eu 30 949 avortementes en 1971 et 60 956 en 1985. Environ 2 480 femmes qui ont subi un avortement en 1985 ont déclaré qu'elles s'étaient antérieurement fait avorter deux fois ou davantage : STATISTIQUE CANADA, *Avortements thérapeutiques, 1985*, Ottawa, Approvisionnements et Services Canada, 1986, pp. 29 et 40, respectivement. En 1982, 400 femmes ont déclaré qu'elles s'étaient déjà fait avorter quatre fois ou davantage (*Débats de la Chambre des communes*, le 7 juin 1988, p. 16229).

exagéré de dire que dans bien des cas, la femme décide de recourir à l'avortement sans avoir toute la liberté nécessaire pour prendre une décision bien réfléchie. Par conséquent, des mesures législatives qui viseraient uniquement à permettre un accès juridiquement contrôlé à l'avortement continueraient à faire des victimes à la fois chez les femmes et chez les enfants qu'elles portent. Les femmes enceintes et les enfants non encore nés ont des intérêts comparables — ils ne sont pratiquement jamais «divergents» — en ce qui a trait au «droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne», et cela, à cause de la nature des liens qui les unissent. Si l'on veut que les femmes prennent librement leurs décisions, il faut faire en sorte que sur le plans culturel et socio-économique, la grossesse et la maternité soient à tout le moins aussi attrayantes que l'avortement.

Pour être vraiment équitables, les mesures législatives doivent donner une protection égale à l'enfant non encore né, non seulement par le moyen de restrictions à l'avortement, mais aussi — et surtout — par l'intensification de la protection offerte aux femmes enceintes. Et même si l'accès réglementé à l'avortement demeure un mal nécessaire, le législateur ne devra pas en rester là; il lui faut s'attaquer aux raisons qui forcent les femmes à rejeter la grossesse et qui les amènent à considérer à tort l'avortement comme une solution simple à leurs dilemmes économiques, sociaux et culturels. Faciliter l'accès à l'avortement, c'est éluder la responsabilité de protéger la vie. Mais ce serait également s'y dérober que de l'interdire sans proposer des mesures concrètes pour remédier aux difficultés des femmes enceintes. L'établissement d'une politique familiale cohérente et efficace nécessite la mise en commun des efforts dans tous les aspects de la vie sociale, par exemple sur les plans du travail, du revenu, de la famille, du logement et de l'éducation. Il y a lieu d'améliorer la situation des femmes enceintes et de reconnaître dans les faits l'importance socio-économique de la maternité. Or on ne pourra incorporer ces objectifs dans de nouvelles dispositions législatives sans entreprendre une opération massive d'éducation et de persuasion auprès de la population.

Les lois des humains sont le reflet des objectifs que ceux-ci se donnent et, partant, ne sont jamais parfaites. Il est toujours difficile d'harmoniser le droit et la réalité de la vie. Il y aura sans aucun doute des compromis et des lacunes dans le pénible processus du progrès politico-culturel. Mais si la Commission a dû faire des compromis pour parvenir au consensus et pour demeurer pragmatique, elle est restée jusqu'ici fidèle, dans ses recommandations de réforme en matière pénale, au principe le plus important : le respect de la vie humaine. Pourtant, mes collègues n'envisagent le plus grand respect pour le fœtus humain qu'après la viabilité; pour les vingt semaines suivant la conception, les recommandations n'établissent à toutes fins utiles aucune protection. Cela tient, à mon avis, à l'absence d'une définition adéquate du terme «santé».

L'utilisation du mot «santé» dans les anciennes dispositions législatives a souvent obligé les médecins à donner de fausses raisons pour justifier l'avortement, c'est-à-dire pour montrer que le fait de ne pas interrompre la grossesse porterait atteinte à la «santé» physique ou mentale de la femme, directement ou indirectement. En effet, il est clair que dans la très grande majorité des cas, les motifs invoqués étaient totalement fallacieux. Qui plus est, l'absence de définition facilitait la tâche de la personne

accusée d'avoir contrevenu aux anciennes règles, qui pouvait présenter au jury des éléments de preuve à l'appui de son interprétation personnelle du risque pour la santé physique ou mentale[35]. L'élaboration d'une définition arbitraire et subjective de la «santé» fausse le régime législatif, lui donne un caractère purement formel et le rend impossible à appliquer dans la pratique. Et négligeant de présenter une définition claire de la santé, mes collègues perpétuent ces ambiguïtés.

On ne peut désormais plus prétendre qu'une femme à qui l'avortement est refusé risque de voir sa santé mentale atteinte : ce mythe a été dissipé[36]. L'*American Psychiatric Association*, en revanche, a récemment déclaré que l'avortement constitue en soi une cause de stress susceptible d'entraîner des troubles sérieux[37]. Quoi qu'il en soit, il n'est pas erroné de dire, d'une manière générale, qu'il n'existe aucun problème touchant la vie de la femme enceinte, et bien peu de problèmes touchant sa santé physique, que l'on ne peut résoudre sans interrompre la grossesse : on peut sans danger enlever les tumeurs de la glande surrénale chez les femmes enceintes et recourir à la chirurgie cardiaque pendant la grossesse. Lorsque toutefois la poursuite de la grossesse est susceptible de mettre en danger la vie de la femme ou comporte un risque véritable et grave pour sa santé, et qu'il n'y a aucun autre traitement médical reconnu, l'avortement pourrait être pratiqué. La Commission a déjà déclaré que :

> Toutes les misères et souffrances humaines ne sont pas des maladies auxquelles la loi pénale en matière de santé doit apporter remède [...] Cet état [de bien-être physique et mental] doit être suffisant pour faire face aux problèmes de la vie ordinaire en société. Il ne peut cependant s'étendre jusqu'à la garantie d'une vie complètement dépourvue de stress et totalement insouciante. Le stress et la responsabilité de ses actes sont en effet des ingrédients normaux de la vie en société[38].

Depuis sa création il y a dix-sept ans, la Commission de réforme du droit du Canada s'est faite le défenseur de la vie humaine, de la protection du faible et du vulnérable, du respect de la dignité humaine. Dans cette perspective, elle a d'ailleurs établi la Section de recherche sur la protection de la vie en 1977. Pourtant, les recommandations contenues dans le présent document de travail sont tout à fait incompatibles avec ce passé méritoire. En 1979, la Commission concluait, dans son document de travail n° 24 intitulé *La stérilisation et les personnes souffrant de handicaps mentaux* :

> La caractérisation de ces personnes comme «personnes à protéger» tend à les démarquer. Cette démarcation sous-entend qu'elles sont dépourvues d'une certaine qualité d'humanité qui ne permet pas de leur appliquer les règles générales valables pour tous les autres membres de la société. [...] En tant que groupe, elles se voient imposer une protection [...] Cependant, la dignité, le respect de soi-même et le libre choix garantis à chacun doivent aussi être garantis à ces personnes (pp. 129-130).

---

35. Voir B. DICKENS, «The *Morgentaler* Case» (1986), 14 *Osgoode Hall L.J.* 229, p. 270.

36. Voir C.R. BAGLEY, «Helping Women and Protecting the Fetus» (1988), 9:4 *Options Politiques* 31.

37. AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION, *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorder*, édition révisée, 1987, p. 250.

38. COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *Le traitement médical et le droit criminel*, Document de travail n° 26, Ottawa, Approvisionnements et Services Canada, 1980, pp. 7-9.

Dans le rapport n° 20, intitulé *Euthanasie, aide au suicide et interruption de traitement* (1983), la Commission a déclaré :

> [D]ans le cadre du traitement médical, [une présomption] doit être reconnue en faveur de la vie. Notre droit considère la vie humaine comme une valeur fondamentale. La réforme doit donc être centrée sur cette valeur. Le système de règles proposé ne doit donc jamais partir du principe que le patient ne désire pas continuer à vivre, mais au contraire que, toutes choses étant égales, il préfère la vie à la mort, même s'il est dans l'incapacité d'exprimer cette préférence (p. 11).

Et dans le rapport n° 28, intitulé *Quelques aspects du traitement médical et le droit pénal*, publié en 1986, la Commission a réaffirmé le principe de la protection de la vie, en rejetant encore l'euthanasie d'une façon vigoureuse. Or, en restreignant le principe de la protection lorsqu'il s'agit d'êtres particulièrement vulnérables, la Commission se trouve à discréditer ses recommandations antérieures. Le fait de permettre les avortements au cours des vingt semaines qui suivent la conception, et partant de supprimer la protection de ces êtres sans défense, affaiblira la protection des personnes séniles et autres candidats à l'euthanasie, que la Commission entendait protéger. Commentant les conséquences de l'arrêt *Morgentaler*, le professeur de droit Bernard Dickens de l'université de Toronto a déclaré : [TRADUCTION] «De là à la légalisation de l'euthanasie pour les malades en phase terminale — et peut-être même pour ceux qui ne sont pas en phase terminale — il n'y a qu'un pas[39]».

Et pourtant, la Commission avait dans son projet de code pénal (rapport n° 31) prévu la protection de certaines autres formes de vie. Elle recommandait que soit considéré comme un crime le fait de blesser un animal ou de lui infliger des *douleurs* physiques graves sans nécessité, le terme «animal» étant défini comme tout vertébré vivant qui n'est pas un humain et incluant donc les poissons. À mon sens, il est non seulement illogique, mais également immoral d'incriminer les souffrances infligées à un poisson, pour ensuite refuser de protéger la *vie* d'un enfant non encore né.

Aujourd'hui, on connaît beaucoup mieux la vie intra-utérine, et la médecine prénatale a fait des progrès remarquables au cours de la dernière décennie, qui ont permis de raccourcir la période au terme de laquelle le fœtus humain devient viable hors de l'utérus. On ne saurait refuser de tenir compte de ces faits. En outre, il faut prendre en considération l'existence indépendante de l'enfant non encore né, lorsqu'il est question du droit de la femme à la liberté d'agir et de se reproduire. Il faut protéger la liberté individuelle, soit, mais seulement dans la mesure où elle ne constitue pas un danger manifeste et réel pour la société[40]. La Commission n'a-t-elle pas conclu que l'avortement répondait aux critères suivant lesquels une action doit être considérée comme un crime, notamment parce qu'elle viole de quelque façon nos valeurs fondamentales, à tel point qu'elle cause *un tort à la société*?

---

39. Voir B. CAMPION, «Women's Legal Victory Looks More Like a Defeat», *Globe and Mail*, 22 février 1988, p. A7.

40. Voir *op. cit.*, note 38, p. 6.

«La réforme du droit implique plus qu'une simple transformation de nos lois. Elle vise leur perfectionnement[41]». Pourtant, la déréglementation de l'avortement pour les vingt semaines suivant la conception ne saurait être tenue pour un «perfectionnement». En effet, 99% de l'ensemble des avortements sont pratiqués avant la fin de cette période.

Pour bien des gens, c'est la lutte pour les droits des femmes qui importe dans le débat sur l'avortement. Cette bataille est en voie d'être remportée, mais nombreux sont ceux qui affirment que les grossesses non désirées menacent les libertés nouvellement acquises, car elles obligent les femmes à cesser temporairement de travailler. On dit également que, pour se trouver véritablement sur un pied d'égalité avec les hommes, et bénéficier des autres droits à l'égalité qu'elles pourraient réussir à se faire reconnaître, les femmes doivent avoir le droit de décider du moment où elles veulent fonder une famille. Mais peut-on vraiment parler d'égalité si les femmes sont forcées de recourir à l'avortement tout simplement pour préserver leur situation dans le milieu du travail et dans la société? L'avortement ne constitue-t-il pas une réponse imparfaite à l'incapacité de la société, jusqu'ici, d'aider les femmes à avoir des enfants et à les élever? Les femmes ne devraient-elles pas chercher avant tout à élargir la gamme des choix qui s'offrent à elles, en exigeant non seulement des prestations de maternité et de chômage plus élevées, mais également le droit à des congés permettant au père ou à la mère de garder leur enfant en bas âge[42]? En supprimant les pressions démoralisantes et en réservant aux femmes un environnement plus accueillant, en cherchant à modifier les attitudes à l'égard de la maternité, de la grossesse et de l'avortement, l'État et la collectivité pourraient permettre aux femmes enceintes d'exercer un choix véritablement libre en matière de planning familial.

Quant à la question des enfants non encore nés qui présentent des malformations «fatales», ce sont les personnes handicapées elles-mêmes qui constituent le témoignage le plus éloquent contre le recours à l'avortement. Qu'est-ce qu'une «malformation fatale»? Mes collègues donnent une définition de cette expression, mais il ne faut pas oublier qu'il n'est pas rare de voir survivre un enfant que l'on croyait condamné. La grande majorité des personnes handicapées sont heureuses d'exister, elles sont reconnaissantes à leurs parents de ne pas avoir choisi l'avortement. Les enfants non encore nés chez qui on diagnostique l'existence — ou l'existence possible — d'une grave anomalie physique ou mentale (comme le syndrôme de Down ou le spina bifida), ou même d'une «malformation fatale», ont le droit d'être protégés contre les avortements accomplis pour cette raison, tout comme le droit pénal interdit de causer intentionnellement la mort d'enfants nouveaux nés pour des motifs semblables. Ou alors, accepterons-nous de dire, à l'exemple du Dr Léonard Barley, président du département de chirurgie cardio-thoracique au Centre médical de Loma Linda University

41. COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *Troisième rapport annuel, 1973-1974*, Ottawa, Information Canada, p. 3.

42. Voir «Irreconcilable Differences», *Saturday Night*, 23 août 1988, p. 23.

en Californie, qu'un bébé anencéphale est [TRADUCTION] «un sous-produit humain ne pouvant être considéré comme une personne[43]».

Finalement, lorsqu'on se dit contre l'avortement, que l'on estime que ce n'est pas vraiment une bonne chose, mais sans tenter de modifier les attitudes sur cette question, et que l'on permet aux femmes d'y avoir recours pour des motifs futiles, on se trouve à renoncer à tout espoir. Et pourtant, nous enseignons à nos enfants que l'homme vit d'espérance. Comme l'a écrit le professeur émérite George H. Williams, de Harvard :

> [TRADUCTION]
> L'enjeu de la bataille que livrent les adversaires de l'avortement est le mystère même de la vie humaine [...] Sans eux, l'habileté qu'a l'homme à influer, par toutes sortes de moyens astucieux, sur son devenir et sur celui de la nature, offre une bien sombre perspective[44].

Le législateur a maintenant l'occasion de donner aux Canadiens un texte de loi qui marquera une nouvelle tendance au sein du monde occidental, une tendance suivant laquelle les fortes pressions socio-économiques qui déterminent la décision de recourir à l'avortement recevront pour la première fois toute l'attention qu'elles méritent. Le Parlement peut assumer sa responsabilité en affirmant la valeur sociale fondamentale du respect de la vie, tout en effectuant les réformes indispensables au chapitre des programmes de soutien à la famille.

---

43. Voir L. SURTEES, «Transplant Program Using Infant Organs is Halted as Failure», *Globe and Mail*, 26 septembre 1988, A1, p. A2.

44. *Boston Pilot*, 25 mars 1967 (reproduit dans *America*, 1er avril 1967).